المقنع

في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني رضي الله عنه

تأليف

الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي

مع حاشيته

منقولة من خط الشيخ سليمان ابن الشيخ عبد الله ابن الشيخ محمد بن عبد الوهاب رحمهم
وهي غير منسوبة لأحد، والظاهر أنه هو الذي جمعها فجزاه الله خيرا ورحمه

الجزء الثالث

طبع على نفقة الشيخ علي ابن الشيخ عبد الله آل ثاني
حاكم قطر المعظم
وقفها وقفاً لله تعالى

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

النكاح سنة(١) والاشتغال به أفضل من التخلى لنوافل العبادة(٢) الا ان

---

(١) قوله « النكاح سنة » الأصل فى مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقوله تعالى ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء ﴾ الآية . وأما السنة فقوله ﷺ « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، فانه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فانه له وجاء » وقوله عليه الصلاة والسلام « انى أتزوج النساء فمن رغب عن سنتى فليس منى » متفق عليهما

(٢) قوله « والاشتغال به الخ » الناس فى النكاح على ثلاثة اضرب : أحدها من يخاف على نفسه الوقوع فى المحظور ان تركه فهذا يجب عليه فى قول عامة الفقهاء لأنه يلزمه إعفاف نفسه وصرفها عن الحرام . الثانى من يستحب له وهو من له شهوة يأمن معها الوقوع فى محظور فالنكاح فى حقه مستحب على الصحيح من المذهب ، « والاشتغال به أفضل من التخلى لنوافل العبادة » وهو قول أصحاب الرأى وظاهر أقوال الصحابة وفعلهم ، قال ابن مسعود رضى الله عنه : لو لم يبق من أجلى إلا عشرة أيام وأعلم أنى أموت فى آخرها يوما لى فيها طول النكاح لتزوجت مخافة الفتنة . وقال ابن عباس رضى الله عنهما لسعيد بن جبير : تزوج فان خير هذه الأمة أكثرها نساء . وقال الشافعى : التخلى لنوافل العبادة أفضل . ولنا ما تقدم . الثالث من لا شهوة له إما لانه لا شهوة له كالعنين أو ذهبت شهوته لمرض أو كبر ونحوه ففيه وجهان : أحدهما يستحب له النكاح لما ذكرنا ، والثانى التخلى له أفضل فانه لا يحصل مصالح النكاح ويمنع زوجته من التحصين بغيره ويعرض نفسه لواجبات وحقوق لعله لا يقوم بها

[فائدة] العنت هنا هو الزنا على الصحيح

[فائدة] يجوز له النكاح بدار حرب للضرورة على الصحيح من المذهب ، وعنه لا يتزوج وإن خاف ، وان لم يكن به ضرورة للنكاح فليس له ذلك على الصحيح ، فعلى تعليل أحمد لا يتزوج ولا مسلمة ونص عليه ولا يطأ زوجته إن كانت معه نص عليه ، وعلى مقتضى تعليله له أن يتزوج آيسة أو صغيرة فانه علل وقال من أجل الولد وحيث حرم نكاحه بلا ضرورة وفعل وجب عزله وإلا استحب

يخاف على نفسه فى مواقعة المحظور بتركه فيجب عليه ، وعنه انه واجب على الاطلاق . ويستحب تخير ذات الدين الولود البكر الحسيبة الاجنبية [١] . ويجوز لمن أراد خطبة امرأة النظر الى وجهها من غير خلوة بها [٢] ، وعنه له النظر الى ما يظهر غالبا كالرقبة واليدين والقدمين . وله النظر الى ذلك والى الرأس والساقين من الامة المستامة [٣] ومن ذوات محارمه ، وعنه لا ينظر

---

(١) قوله « ويستحب تخير الخ » لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال « تنكح المرأة لأربع : لمالها وجمالها وحسبها ودينها ، فاظفر بذات الدين تربت يداك » وقوله عليه الصلاة والسلام « تزوجوا الولود فانى مكاثر بكم يوم القيامة » رواه النسائى ، وقوله عليه الصلاة والسلام « عليكم بالأبكار فانهن أعذب أفواها وأفتح أرحاما وأرضى باليسير » رواه أحمد

(٢) قوله « ويجوز لمن أراد الخ » قال شيخنا لا نعلم خلافا بين أهل العلم فى إباحة النظر الى المرأة لمن أراد نكاحها ، وله النظر الى ما يظهر غالبا كالرقبة واليدين والقدمين والوجه لما روى جابر رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « اذا خطب أحدكم المرأة فان استطاع أن ينظر الى ما يدعوه الى نكاحها فليفعل » قال : فخطبت امرأة فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعانى الى نكاحها فتزوجتها . رواه أحمد وأبو داود وهذا المذهب ، لأنه عليه الصلاة والسلام لما أذن فى النظر اليها من غير علمها علم أنه أذن فى النظر الى ما يظهر غالبا إذ لا يمكن إفراد الوجه بالنظر مع مشاركة غيره له فى الظهور ، وعن داود أنه ينظر الى جميعها لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام « انظر اليها » وقال الشافعى ينظر الى الوجه والكفين

على قوله « الى وجهها » ٭ فقط لأنه يجمع المحاسن

على قوله « من غير خلوة بها » ٭ لما روى ابن عباس رضى الله عنهما مرفوعا قال « لا يخلون رجل مع امرأة إلا مع ذى محرم » متفق عليه

(٣) قوله « وله النظر الى ذلك الخ » يعنى له النظر الى ما يظهر غالبا والى الرأس والساقين منها وهذا المذهب لان الحاجة داعية الى ذلك ولانها تراد للاستمتاع وغيره من التجارة

من ذوات محارمه الا الوجه والكفين [١] وللعبد النظر اليهما من مولاته [٢] ولغير أولى الاربة من الرجال كالكبير والعنين ونحوهما النظر الى ذلك . وعنه لا يباح وللشاهد والمبتاع النظر الى وجه المشهود عليها ومن تعامله [٣] وللطبيب

---

(١) قوله « ومن ذوات محارمه الخ » يعنى يجوز له النظر من ذوات محارمه الى ما يظهر غالبا والى الرأس والساقين وهذا المذهب ، وليس له النظر الى مالا يظهر غالبا كالصدر والظهر ونحوهما ، ومنع الحسن والشعبي والضحاك النظر الى شعر ذوات المحارم وهو إحدى الروايتين عن أحمد رحمه الله تعالى ، وروى عن هند بنت المهلب قالت قلت للحسن ينظر الرجل الى قرط اخته والى عنقها ؟ قال : لا ولا كرامة . وقال الضحاك : لو دخلت على أمى لقلت أيتها العجوز غطى شعرك . والصحيح الأول لقوله تعالى ﴿ ولا يبدين زينتهن ﴾ الآية وقالت سهلة بنت سهيل « يا رسول الله إنا كنا نرى سالما ولدا فكان يأوى معى ومع أبى حذيفة فى بيت واحد ويرانى فضلا وقد أنزل الله فيهم ما علمت فكيف ترى فيه ؟ فقال النبي ﷺ ارضعيه فارضعته خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها » رواه مسلم بمعناه وأبو داود

[فائدة] حكم المرأة فى النظر الى محارمها حكمهم فى النظر اليها

(٢) قوله « وللعبد الخ » أى الى الوجه والكفين هذا أحد القولين ، والصحيح من المذهب أن للعبد النظر من مولاته ما ينظر الرجل من ذوات محارمه على ما تقدم خلافا ومذهبا لقوله تعالى ﴿ أو ما ملكت أيمانهن ﴾ ولما روى أنس رضى الله عنه أن النبي ﷺ أتى فاطمة بعبد وهبه لها قال وعلى فاطمة ثوب اذا قنعت به رأسها لم يبلغ رجليها واذا غطت رجليها لم يبلغ رأسها فقال لها النبي ﷺ « انه ليس عليك بأس ، انما هو أبوك وغلامك » رواه أبو داود

[فائدة] قال فى الفروع وظاهر كلامهم لا ينظر عبد مشترك

على قوله « النظر الى ذلك » يعنى الى الوجه والكفين والصحيح من المذهب أن حكمهم حكم العبد مع سيدته ، وظاهر كلام المصنف وكثير من الأصحاب أن الخصى والمجبوب لا يجوز لهما النظر الى الاجنبية وهو صحيح وهو المذهب ، قال الأثرم استعظم الإمام أحمد دخول الخصيان على النساء

(٣) قوله « وللشاهد الخ » أى لتكون الشهادة واقعة على عينها قال أحمد =

النظر الى ما تدعو الحاجه الى نظره(١) وللصبى المميز غير ذى الشهوة النظر الى ما فوق السرة وتحت الركبة(٢) فان كان ذا شهوة فهو كذى المحرم(٣) وعنه أنه كالأجنبى . وللمرأة مع المرأة والرجل مع الرجل النظر الى ما عدا ما بين السرة والركبة(٤) وعنه أن الكافرة مع المسلمة كالاجنبى . ويباح للمرأة النظر

= رحمه الله تعالى لا يشهد على امرأة الا أن يكون قد عرفها بعينها وكذلك من تعامل المرأة فى بيع أو إجارة ليعرفها بعينها ويرجع عليها بالدرك ، وإباحة النظر مقيد بالحاجة

(١) قوله « وللطبيب الخ » وكذا لمسه حتى داخل الفرج لأنه عليه الصلاة والسلام لما حكم فى بنى قريظة فكان يكشف عن مؤتزرهم ، ولأنه موضع حاجة ، وظاهره ولو كان ذميا وفى الفروع : يجوز أن يستطب ذميا إذا لم يجد غيره

[فائدة] من ابتلى بخدمة مريض أو مريضة فى وضوء أو استنجاء أو غيرهما فحكمه حكم التطبيب فى النظر واللمس نص عليه ، وكذا لو حلق عانة من لا يحسن حلق عانته نص عليه

(٢) قوله « وللصبى المميز الخ » هذا المذهب لأنه لا شهوة له أشبه الطفل ، ولأن المحرم للرؤية فى حق البالغ كونه محلا للشهوة وهو معدوم هنا . وقال فى الشرح الطفل غير المميز لا يجب الاستتار منه فى شيء

(٣) قوله « فان كان الخ » هذا المذهب لأن الله تعالى فرق بين البالغ وغيره بقوله ﴿ واذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستاذنوا ﴾ ولو لم يكن له النظر لما كان بينهما فرق ، وعنه كالبالغ لأنه فى معنى البالغ فى الشهوة

[فائدتان] حكم بنت تسع حكم المميز ذى الشهوة على الصحيح من المذهب

(الثانية) لا يحرم النظر الى عورة الطفل والطفلة قبل السبع ولا لمسها نص عليه

(٤) قوله « وللمرأة الخ » الصحيح من المذهب أنها لا تنظر منها إلا الى غير العورة سواء كانت مسلمة أو كافرة لان النساء الكوافر كنّ يدخلن على نساء النبى ﷺ فلم يكن يحتجبن ولا أمرن بحجاب

على قوله « كالاجنبى » ٭ لقوله تعالى ﴿ أو نسائهن ﴾ ينصرف الى المسلمات

من الرجل الى غير العورة[١] وعنه لا يباح . ويجوز النظر الى الغلام لغير شهوة . ولا يجوز النظر الى احد ممن ذكرنا لشهوة . ولكل واحد من الزوجين النظر الى جميع بدن الآخر ولمسه ، وكذلك السيد[٢]

فصل

ولا يجوز التصريح بخطبة المعتدة [٣] ولا التعريض بخطبة الرجعية [٤] ويجوز فى عدة الوفاة والبائن بطلاق ثلاث[٥] . وهل يجوز فى عدة البائن

---

(١) قوله « ويباح للمرأة الخ » هذا المذهب لقول النبى ﷺ لفاطمة « اعتدى فى بيت ابن أم مكتوم » ولحديث عائشة رضى الله عنها أنها « كانت تنظر الى الحبشة وهم يلعبون بحرابهم فى المسجد والنبى ﷺ يسترها بردائه » متفق عليهما . ولأنه لو منعن النظر لوجب على الرجال الحجاب لئلا ينظرن اليهم

على قوله « لشهوة » * ومعنى الشهوة التلذذ بنظره وهذا بلا نزاع ، قال الشيخ تقى الدين ومن استحله كفر إجماعا

(٢) قوله « وكذلك السيد » مع أمته أى حكم السيد مع امته المباحة له حكم الرجل مع زوجته فى النظر واللمس خلافا ومذهبا

[تنبيه] قول المصنف مع أمته فيه نظر لانه يدخل فى عمومه أمته المزوجة والمجوسية والوثنية ونحوهن ، وليس له النظر الى واحدة منهن ولمسها لما يذكر فى موضعه ، والصحيح من المذهب أن أمته المزوجة له النظر منها الى غير العورة

(٣) قوله « ولا يجوز التصريح الخ » التصريح مالا يحتمل الا النكاح وهو محرم بالاجماع وسنده قوله تعالى ﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء﴾ ولانه لا يؤمن ان يحملها للحرص على النكاح الاخبار بانقضاء عدتها قبل انقضائها والتعريض بخلافه

(٤) قوله « ولا التعريض الخ » أى لا يجوز لانها فى حكم الزوجات

(٥) قوله « ويجوز فى عدة الخ » اى يجوز التعريض هذا بلا نزاع لتحريمها على زوجها كالفسخ بالرضاع أو اللعان للآية الكريمة ولحديث فاطمة بنت قيس فاما البائن بغير الثلاث كالمختلعة والبائن بفسخ لعيب أو اعسار ونحوه فلزوجها التصريح بخطبتها والتعريض لانه مباح له نكاحها فى عدتها

بغير الثلاث على وجهين(١) . والتعريض نحو قوله انى فى مثلك لراغب ولا تفوتينى بنفسك وتجيبه ما يرغب عنك وان قضى شيء كان ونحوهما . ولا يحل للرجل ان يخطب على خطبة أخيه ان أجيب(٢) وان رد حل(٣) وان لم يعلم الحال فعلى وجهين(٤) . والتعويل فى الرد والاجابة ان لم تكن مجبرة عليها (٥)

---

(١) قوله « وهل يجوز الخ » وهما روايتان إحداهما يجوز لعموم الآية وكالمطلقة ثلاثا وهذا المذهب والبائن بغير الطلاق الثلاث كالمختلعة والمطلقة على عوض وكذا البائن بفسخ لعنة او عيب ورضاع ونحوه لقوله تعالى ﴿ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء ﴾

[فائدة] المرأة فى الجواب للخاطب كهو فيما يحل ويحرم فيجوز للبائن التعريض فى الاجابة ويحرم التصريح

(٢) قوله « ولا يجوز للرجل الخ » هذا المذهب لما روى ابن عمر رضى الله عنهما ان النبي ﷺ قال « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه » متفق عليه ولان فيه ايقاع العداوة بين الناس وقال أبو حفص العكبرى هى مكروهة كانه ذهب الى قول احمد فى رواية صالح اكرهه ورد بان ظاهر النهى التحريم فعلى المذهب ان ارتكب النهى صح العقد كالخطبة فى العدة وعنه لا يصح اختاره ابو بكر كالبيع

(٣) قوله « وان رد حل » لما روت فاطمة بنت قيس « انها اتت النبي ﷺ فذكرت له ان معاوية وابا جهم خطباها فقال النبي ﷺ اما معاوية فصعلوك لا مال له واما أبو جهم فلا يضع العصا عن عاتقه انكحى اسامة بن زيد » متفق عليه

(٤) قوله « وان لم يعلم الخ » أى لا يعلم هل اجيب أم لا . احدهما وهو الصحيح من المذهب يجوز لان الاصل عدم الاجابة ، والثانى لا يجوز لعموم النهى

[فائدة] قال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى ولو خطبت المرأة او وليها الرجل ابتداء فاجابها فينبغى ان لا يحل لرجل آخر خطبتها الا انه اضعف من ان يكون هو الخاطب ، ونظير الاولى ان تخطبه امرأة أو وليها بعد ان يخطب هو امرأة وهذا بمنزلة البائع على بيع اخيه قبل انعقاد العقد وذلك كله ينبغى ان يكون حراما

(٥) قوله « والتعويل الخ » هذا المذهب لانها احق بنفسها من وليها ولو =

وان كانت مجبرة فعلى الولى . ويستحب عقد النكاح مساء يوم الجمعة [1] وان يخطب قبل العقد بخطبة ابن مسعود رضى الله عنه[2] وان يقال للمتزوج بارك الله لكما وعليكما وجمع بينكما فى خير وعافية . واذا زفت اليه قال اللهم انى

= اجاب الولى ورغبت هى عن النكاح كان الامر امرها وان كانت مجبرة فعلى الولى لانه يملك تزويجها بغير اختيارها فكان المعتبر به لا بها وفى المغنى اذا كرهت المجبرة المجاب واختارت غيره سقط حكم اجابته لان اختيارها مقدم على اختيار وليها

(١) قوله « ويستحب الخ » لما روى أبو هريرة رضى الله عنه مرفوعا قال « أمسوا بالاملاك فانه أعظم للبركة » رواه ابو حفص

(٢) قوله « وأن يخطب الخ » وهذا المذهب ايضا وعليه الاصحاب والعمل عليه قديما وحديثا لما روى ابن مسعود رضى الله عنه قال : علمنا رسول الله ﷺ التشهد فى الحاجة وهو « ان الحمد لله نحمده ونستعينه ونستهديه ونعوذ بالله من شرور انفسنا وسيئات أعمالنا من يهد الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادى له واشهد أن لا اله الا الله واشهد ان محمدا عبده ورسوله . ويقرأ ثلاث آيات اتقوا الله حق تقاته اتقوا الله الذى تساءلون به والارحام اتقوا الله وقولوا قولا سديدا الآيات » رواه احمد وابو داود والترمذى وحسنه . فان اخرت عنه جاز قال فى الانصاف ينبغى ان يقال مع النسيان

[فائدة] ظاهر كلام المصنف أنه لا يزيد على خطبة ابن مسعود وهو المذهب وقيل يستحب ان يضيف اليها وانكحوا الايامى منكم الآية وقبلها ان الله أمر بالنكاح ونهى عن السفاح . وليست الخطبة واجبة عند احد من اهل العلم فيما علمنا الا داود فانه اوجبها لما ذكرنا . ولنا ان رجلا قال للنبى ﷺ زوجنيها فقال ﷺ زوجتكها بما معك من القرآن متفق عليه . ولم يذكر خطبة ، وخطب الى ابن عمر رضى الله عنهما مولاة له فما زاد على ان قال انكحتك على ما امر الله تعالى امساك بمعروف أو تسريح باحسان . وقال جعفر بن محمد عن ابيه ان كان الحسين ليزوج بعض بنات الحسن وهو يتعرق العرق رواهما ابن المنذر . وروى أبو داود عن رجل من بنى سليم قال خطبت الى رسول الله ﷺ امامة بنت عبد المطلب فانكحنى من غير ان يتشهد

أسألك خيرها وخير ماجبلتها عليه وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليه[١]»

باب أركان النكاح وشروطه

واركانه الايجاب والقبول[٢]. ولا ينعقد الايجاب إلا بلفظ النكاح والتزويج[٣]

---

(١) قوله « واذا زفت اليه الخ » هذا الحديث رواه أبو داود والنسائى وابن ماجه ولفظه له عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده مرفوعا ولفظه قال « إذا افاد أحدكم امرأة او خادما او دابة فليأخذ بناصيتها وليقل الخ »

(٢) قوله « فاركانه الخ » أى لأن ماهية النكاح مركبة منهما ومتوقفة عليهما

(٣) قوله « ولا ينعقد الخ » ومن ألفاظ القبول تزوجتها . اعلم ان الصحيح من المذهب ان النكاح لا ينعقد الا بالايجاب والقبول بهذه الالفاظ لا غير وعليه جماهير الاصحاب لورودهما فى نص القرآن فى قوله زوجناكها ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم . ولا تنعقد بغيرهما اذ العادل عنهما مع معرفته لها عادل عن اللفظ الذى ورد القرآن بهما مع القدرة وبما ذكرنا قال عطاء وسعيد بن المسيب والزهرى وربيعة والشافعى . وقال الثورى والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور وابو عبيد تنعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتمليك وفى لفظ الاجارة عن ابى حنيفة روايتان . وقال مالك تنعقد بذلك اذا ذكر المهر . واحتجوا بان النبى ﷺ زوج رجلا امرأة فقال ملكتكها بما معك من القرآن رواه البخارى . واجيب بان الخبر قد روى من غير وجه وورد فيه زوجتكها وزوجناكها وانكحتكها من طرق صحيحة والقصة واحدة والظاهر ان الراوى روى بالمعنى ظنا منه ان معناهما واحد فلا يكون حجة . وقال الشيخ تقى الدين ينعقد بما عده الناس نكاحا باى لغة وفعل ولفظ كان وقال مثله كل عقد وقال الشرط بين الناس ماعدوه شرطا فالاسماء تعرف حدودها تارة بالشرع وتارة باللغة وتارة بالعرف وكذلك العقود انتهى . قال فى الانصاف قال ابن خطيب السلامية فى نكته على المحرر ومن خطه نقلت: الذى عليه اكثر العلماء ان النكاح ينعقد بغير لفظ الانكاح والتزويج قال وهو المنصوص عن أحمد وقياس مذهبه وعليه قدماء أصحابه فان احمد نص فى غير موضع على انه ينعقد بقوله جعلت عتقك صداقك وليس فى هذا لفظ انكاح ولا تزويج ولم ينقل احد عن احمد انه خصه بهذين اللفظين . وأول من قال من أصحاب احمد فيما علمت =

بالعربية لمن يحسنها[١] أو بمعناها الخاص بكل لسان لمن لا يحسنهما . فان قدر على تعلمها بالعربية لم يلزمه فى أحد الوجهين[٢] . والقبول ان يقول قبلت هذا النكاح أو ما يقوم مقامه فى حق من لا يحسن ، فان اقتصر على قول قبلت أو قال الخاطب للولى ازوجت قال نعم وللمتزوج أقبلت قال نعم صح[٣] ذكره الخرقى . ويحتمل ان لا يصح . وان تقدم القبول الايجاب لم يصح[٤] وان

= انه يختص بلفظ الانكاح والتزويج ابن حامد و تبعه على ذلك القاضى ومن جاء بعده لسبب انتشار كتبه وكثرة أصحابه واتباعه وقال فى الفائق قال شيخنا قياس المذهب صحته بما تعارفاه نكاحا من هبة وتمليك ونحوهما اخذا من قول أحمد اعتقتك وجعلت عتقك صداقك قال فى الفائق وهو المختار . وسئل الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى عن رجل لم يقدر ان يقول الا قبلت تجويزها بتقديم الجيم فاجاب بالصحة بدليل قوله جوزتى طالق فانها تطلق . قال فى الانصاف يكتفى منه بقوله قبلت ويكون هو المذهب

(١) قوله « بالعربية لمن يحسنها » الصحيح من المذهب انه لا ينعقد الا بالعربية لمن يحسنها وهذا احد أقوال الشافعى . وعند أبى حنيفة ينعقد لانه اتى بلفظه الخاص فانعقد به كما ينعقد بالعربية واختار المصنف انعقاده بغيرها واختاره الشارح ايضا قال وما قاله أبو حنيفة اقيس قياسا على سائر العقود وما ذكروه من تعذر الشهادة على غير العربية ملغى بما اذا لم يحسن العربية واختاره أيضا الشيخ تقى الدين وصاحب الفائق وغيرهم وجزم به فى التبصرة

(٢) قوله « فان قدر الخ » يعنى اذا قلنا لا تنعقد الا بالعربية لمن يحسنها . احدهما لا يلزمه تعلمها وتنعقد بلسانه بمعناهما الخاص وهو المذهب ، لان النكاح عقد معاوضة فصح بغير العربية كعاجز

(٣) قوله « فان اقتصر الخ » ما ذكره الخرقى هو المنصوص وهو المذهب ونصره الاصحاب اما الاول فلانه صريح فى الجواب فصح النكاح كالبيع وأما فى الثانية فلان المعنى نعم زوجت نعم قبلت هذا التزويج . وقال الشافعى لا ينعقد حتى يقول معه زوجتك ابنتى ويقول الزوج قبلت هذا التزويج

(٤) قوله « فان تقدم الخ » هـذا المذهب نص عليه . وقال أبو حنيفة =

تراخى عنه صح ما داما فى المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه[١] فان تفرقا قبله بطل الايجاب[٢] وعنه لا يبطل

فصل

وشروطه خمسة: أحدها تعيين الزوجين[٣] فلو قال زوجتك ابنتى وله بنات

= ومالك والشافعى يصح فيهما جميعا لانه قد وجد الايجاب والقبول فصح كما لو تقدم الايجاب . ولنا ان القبول انما يكون للايجاب فمتى وجد قبله لم يكن قبولا لعدم معناه فلم يصح كما لو تقدم بلفظ الاستفهام

(١) قوله «ولم يتشاغلا الخ» يعنى فى العرف

(٢) قوله «فان تفرقا الخ» هذا المذهب وعليه الاصحاب لانه لا يوجد معناه فان الاعراض قد وجد من جهته بالتفرق فلا يكون قبولا . وعنه لا يبطل . وعنه لا يبطل مع غيبة الزوج قال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى أخذت هذه الرواية من قوله فى رواية أبى طالب فى رجل مشى اليه قوم فقالوا زوّج فلانا فقال زوجته على ألف فرجعوا الى الزوج فاخبروه فقال قد قبلت هل يكون هذا نكاحا قال نعم فاشكل هذا النص على الاصحاب فقال القاضى هذا حكم بصحته بعد التفرق قال وهذا محمول على انه قد كان وكل من قبل العقد عنه ثم اخبر بذلك فامضاه ووده ابن عقيل وقال رواية أبى طالب تعطى أن النكاح الموقوف صحيح قال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى قد احسن ابن عقيل

[فوائد] : (الاولى) اذا عقد النكاح هازلا او تلجئة صح ولزم وهذا المذهب لقوله ﷺ «ثلاث هزلهن جد وجدهن جد الطلاق والنكاح والرجعة» رواه الترمذى وعن الحسن قال قال رسول الله ﷺ «من نكح لاعبا أو طلق لاعبا أو اعتق لاعبا جاز» قال عمر رضى الله عنه اربع جائزات اذا تكلم بهن الطلاق والعتاق والنكاح والنذر .

(الثانية) ينعقد نكاح الاخرس باشارة مفهومة نص عليه وكذا بكتابة ذكره الاصحاب

(الثالثة) لا يثبت الخيار فى النكاح ، وسواء فى ذاك خيار المجلس وخيار الشرط ، بغير خلاف نعلمه

(٣) قوله «أحدها تعيين الزوجين» أى لان كل عاقد ومعقود عليه يجب =

لم يصح حتى يشير اليها أو يسميها أو بصفتها بما تتميز به[١] وان لم يكن له إلا ابنة واحدة صح ، ولو قال ان وضعت زوجتى ابنة فقد زوجتكها لم يصح[٢]

= تعينهما كالمشترى . فعلى هذا لو خطب امرأة فاوجب له النكاح فى غيرها فقبل يظنها مخطوبته لم يصح وهذا الصحيح نص عليه

(١) قوله « فان قال زوجتك الخ » اذا كانت المعقود عليها غائبة فقال زوجتك ابنتى وليس له سواها جاز فان سماها كان تاكيدا فان كان له اكثر من بنت واحدة فقال زوجتك ابنتى لم يصح حتى يضم الى ذلك ما تتميز به من اسم أو صفة فيقول زوجتك ابنتى الكبرى أو الوسطى أو الصغرى فان سماها مع ذلك كان تاكيدا فان كانت له ابنتان كبرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك ابنتى عائشة وقبل الزوج ذلك وهما ينويان الصغرى لم يصح ذكره أبو حفص ، وقال القاضى يصح فى التى نوياها ، وهذا غير صحيح لوجهين أحدهما انهما لم يتلفظا بما يصح العقد بالشهادة عليه الثانى انه لا يصح النكاح حتى يذكر المرأة بما تتميز به ولم يوجد ذلك فان اسم اختها لا يميزها بل يصرفه عنها

[فائدة] اذا كان الولى يريد الكبرى والزوج يريد الصغرى لم يصح كما اذا خطب امرأة وزوج غيرها لان القبول انصرف الى من وجد الايجاب منه ويحتمل ان يصح اذا لم يتقدم ذلك ما يصرف القبول الى الصغرى من خطبة ونحوها فعلى الاولى لا يصح التزويج لعدم النية منهما فى التى تناولها لفظهما وعلى الاحتمال يصح فى المعينة فى اللفظ

(٢) قوله « وان قال ان وضعت الخ » هذا الصحيح لانه تعليق للنكاح على شرط والنكاح لا يتعلق على شرط وكذا لو قال زوجتك حمل هذه المرأة لم يصح لانها لم يثبت لها حكم البنات قبل الظهور فى غير الارث والوصية

[فائدة] اذا خطب امرأة فزوج بغيرها مثل ان يخطب رجل امرأة بعينها فيجاب الى ذلك ثم يوجب له النكاح فى غيرها وهو يعتقد انها التى خطبها فيقبل فلا ينعقد النكاح لان القبول انصرف الى غير من وجد الايجاب فيه فلو علم الحال بعد ذلك فرضى لم يصح ولا ينقلب النكاح صحيحا فان أصابها وهى جاهلة بالحال أى بانها سميت بعد ان خطب غيرها أو جاهلة بالتحريم فلها مهر المثل لانه =

فصل

الثانى رضا الزوجين[١] ، فان لم يرضيا أو أحدهما لم يصح الا الاب[٢] له

= وطء شبهة ويرجع به الواطىء على وليها قال الامام أحمد رحمه الله تعالى لانه غره وتجهز اليه استحبابا التى خطبها بالصداق الاول يعنى بعقد جديد بعد انقضاء عدة التى أصابها ان كانت ممن يحرم الجمع بينهما كاخت أو عمة أو خالة ونحوه ، وان ولدت المصابة لحقه الولد وان علمت انها ليست زوجة وانها محرمة عليه وامكنته من نفسها فهى زانية لا صداق لها وعليها الحد لانتفاء الشبهة وهذا المذهب فى ذلك

(١) قوله « الثانى رضا الزوجين » رضا الزوجين أو من يقوم مقامهما شرط فى صحة العقد لان العقد لها فاعتبر تراضيهما كالبيع

(٢) قوله « إلا الأب » اعلم أن فى تزويج الاب أولاده عشر مسائل (احداها) أولاده الذكور العقلاء الذين هم دون البلوغ والكبار المجانين فله تزويجهم سواء أذنوا أولا رضوا أم لا بمهر المثل أو بزيادة على الصحيح من المذهب قال فى الشرح أما الغلام العاقل فلا نعلم بين أهل العلم خلافا فى ان لابيه تزويجه كذلك قال ابن المنذر وهو قول الحسن والزهرى وقتادة ومالك والثورى والأوزاعى واسحاق والشافعى وأصحاب الرأى لما روى ان ابن عمر رضى الله عنهما زوج ابنه وهو صغير فاختصموا الى زيد فاجازاه جميعا رواه الاثرم . وذكر القاضى فى اجبار مراهق عاقل نظرا قال فى الانصاف الصواب عدم اجباره . واما المعتوه اذا كان يخنق فى بعض الاحيان لم يجز تزويجه الا باذنه على الصحيح . وليس للابن الصغير اذا زوجه أبوه خيار اذا بلغ على الصحيح من المذهب . وللاب قبول النكاح للمجنون والصغير وله ان يفوضه الى الصغير قال فى الفروع ان صح بيعه وطلاقه قال فى المغنى والشرح فان كان الغلام ابن عشر وهو مميز فقياس المذهب جواز تفويض القبول اليه

(الثانية) أولاده الذكور البالغون العاقلون ليس له تزويجهم بغير اذنهم بلا نزاع

(الثالثة) ابنته البكر التى لها دون تسع سنين فله تزويجها بغير اذنها ورضاها بلا نزاع وحكاه ابن المنذر اجماعا اذا زوجها من كفؤ وقالت عائشة رضى الله عنها تزوجنى النبى ﷺ وانا ابنة ست وبنى بى وأنا ابنة تسع متفق عليه ومعلوم انها لم تكن فى تلك الحال ممن يعتبر اذنها

تزويج أولاده الصغار والمجانين وبناته الابكار بغير اذنهم ، وعنه لايجوز تزويج ابنة تسع سنين الا باذنها . وهل له تزويج الثيب الصغيرة ؟ على وجهين . والسيد

(الرابعة) البكر التى لها تسع سنين فازيد الى ما قبل البلوغ له تزويجها بغير اذنها على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب ، وعنه لا يجوز تزويج ابنة تسع سنين الا باذنها قال الشريف أبو جعفر وهو المنصوص عن أحمد قال الزركشى وهى اظهر . واختار أبو بكر والشيخ تقى الدين عدم اجبار بنت تسع سنين بكرا كانت أو ثيبا قال فى رواية عبد الله اذا بلغت الجارية تسع سنين فلا يزوجها أبوها ولا غيره الا باذنها

(الخامسة) البكر البالغة وفيها روايتان إحداهما له اجبارها وهو الصحيح من المذهب وهو مذهب مالك وابن أبى ليلى والشافعى واسحاق . والثانية ليس له ذلك اختارها أبو بكر والشيخ تقى الدين قال فى الفائق وهو الأصح قال الزركشى وهى أظهر وقدمه ابن رزين فى شرحه وهو مذهب الأوزاعى والثورى وأبى عبيد وابى ثور وأصحاب الرأى وابن المنذر لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن . فقالوا يا رسول الله فكيف اذنها قال أن تسكت » متفق عليه وروى أبو داود وابن ماجه عن ابن عباس ان جارية بكرا أتت النبى ﷺ فذكرت أن أباها زوجها وهى كارهة فخيرها النبى ﷺ . ووجه الأولى ما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى ﷺ قال « الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر واذنها صماتها » رواه أبوداود فلما قسم النساء قسمين واثبت الحق لأحداهما دل على نفيه عن الآخر وهو البكر فيكون وليها أحق منها بها ، ودل الحديث على أن الاستئمارهنا والاستئذان فى حديثهم مستحب غير واجب

(السادسة) البكر المجنونة له اجبارها مطلقا على الصحيح من المذهب

(السابعة) الثيب المجنونة الكبيرة له اجبارها على الصحيح من المذهب

(الثامنة) الثيب العاقلة التى لها تسع سنين فاكثر ولم تبلغ له اجبارها على الصحيح من المذهب وقيل لا يجوز وهو ظاهر الخرقى واختيار ابن حامد وابن بطة والقاضى ومذهب الشافعى لعموم الأخبار

له تزويج امائه الابكار والثيب(١) وعبيده الصغار(٢) بغير اذنهم . ولا يملك اجبار عبده الكبير(٣) ويحتمل مثل ذلك فى الصغير أيضا . ولا يجوز لسائر الاولياء تزويج كبيرة الا باذنها(٤) الا المجنونة لهم تزويجها اذا ظهر منها الميل

(التاسعة) الثيب العاقلة التى لها دون تسع سنين له اجبارها على الصحيح من المذهب

(العاشرة) الثيب البالغة العاقلة ليس له اجبارها بلا نزاع، وهو قول عامة أهل العلم الا الحسن لما روى البخارى وغيره ان الخنساء ابنة حذام الأنصارية روت أن اباها زوجها وهى ثيب فكرهت ذلك فاتت رسول الله ﷺ فرد نكاحه ، قال ابن عبد البر هذا الحديث مجمع على صحته والقول به ، ولا نعلم مخالفا له الا الحسن

(١) قوله « والسيد الخ » لا نعلم خلافا فى أن السيد اذا زوج امته بغير اذنها أنه يصح ثيبا كانت أو بكرا صغيرة أو كبيرة ، ولذلك ملك الاستمتاع بها ، وبهذا فارقت العبد والمدبرة والمعلق عتقها بصفة وأم الولد كالأمة وقال مالك آخر أمره ليس له تزويج أم ولده بغير اذنها وكرهه ربيعة

[فائدة] مراد المصنف وغيره ممن اطلق هنا غير المكاتبة فانه ليس له اجبارها على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وفى مختصر ابن رزين له اجبارها

[فائدة] لو كان نصف الأمة حرا ونصفها رقيق لم يملك مالك الرق اجبارها على الصحيح من المذهب

(٢) قوله « وعبيده الصغار » يعنى له تزويجهم بغير اذنهم وهو المذهب نص عليه وهو قول أكثر أهل العلم

(٣) قوله « ولا يملك الخ » يعنى العاقل وهذا الصحيح من المذهب وبه قال الشافعى فى أحد قوليه وقال مالك وأبو حنيفة له ذلك لقوله تعالى ﴿ وانكحوا الأيامى الخ ﴾ ولنا أنه مكلف يملك الطلاق فلا يجبر على النكاح كالحر

[فائدة] المهر والنفقة على السيد سواء ضمنهما أولا وسواء باشر العقد بنفسه أو أذن لعبده فعقده نص عليه

(٤) قوله « ولا يجوز لسائر الخ » ليس لسائر الأولياء غير الآب تزويج =

الى الرجال وليس لهم تزويج صغيرة بحال[١] ، وعنه لهم ذلك ولها الخيار اذا بلغت ، وعنه لهم تزويج ابنة تسع سنين باذنها [٢] واذن الثيب الكلام واذن البكر الصمات . ولا فرق بين الثيوبة بوطء مباح أو محرم ، فأما زوال البكارة باصبع أو وثبة فلا يغير صفة الاذن

= كبيرة بغير اذنها جدا كان او غيره وهذا المذهب وبه قال مالك وأبو عبيد والثورى وابن أبي ليلى وهو قول الشافعى الا فى الجد فانه جعله كالأب لان ولايته ولاية ايلاد ولنا ما روى أبو هريرة رضى الله عنه ان رسول الله ﷺ قال « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن » الحديث متفق عليه ، ولأن الجد قاصر عن الأب فلم يملك الاجبار كالعم

(١) قوله « وليس لهم الخ » هذا إحدى الروايات ، لما روى ان قدامة بن مظعون زوج ابنة اخيه من عبد الله بن عمر فرفع ذلك الى النبي ﷺ فقال « انها يتيمة ولا تنكح الا باذنها » والصغيرة لا اذن لها ، وعنه لهم ذلك ولها الخيار اذا بلغت وهو قول الحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاوس وقتادة وابن شبرمة والاوزاعى وأبي حنيفة . وقال هؤلاء غير أبى حنيفة اذا زوج الصغيرين غير الاب فلهما الخيار اذا بلغا لقوله تعالى ﴿ وان خفتم ان لا تقسطوا فى اليتامى ﴾ الآية مفهومه انه اذا لم يخف فله تزويج اليتيمة واليتيمة التى لم تبلغ لقوله ﷺ « لا يتم بعد احتلام » قال عروة سألت عائشة عن قول الله تعالى ﴿ وان خفتم ان لا تقسطوا فى اليتامى ﴾ قالت يا ابن اختى هذه اليتيمة تكون فى حجر وليها يعجبه مالها وجمالها يريد ان يتزوجها بغير ان يقسط فى صداقها فيعطها مثل ما يعطها غيره ، فنهوا عن نكاحهن الا ان يقسطوا فيهن ويبلغوا أعلى سنتهن فى الصداق . متفق عليه

(٢) قوله « وعنه الخ » اعلم أن هذه الرواية مفرعة على ان ابنة تسع هل لها اذن معتبر اولا والصحيح من المذهب المنصوص ان لها اذنا معتبرا فتكون هذه الرواية هى المذهب وهو كذلك لقول رسول الله ﷺ « تستأمر اليتيمة فى نفسها فان سكتت فهو اذنها وأن ابت فلا جواز عليها » رواه أبو داود

على قوله « بوطء مباح أو محرم » ✲ وهذا مذهب الشافعى وقال مالك وأبو حنيفة فى المصابة بالفجور وحكمها حكم البكر فى اذنها وتزويجها

فصل

الثالث الولى ، فلا نكاح الا بولى(١) فان زوجته المرأة نفسها أو غيرها لم يصح وعنه لها تزويج امتها ومعتقتها(٢) فيخرج منه صحة تزويج نفسها باذن وليها

---

(١) قوله « فلا نكاح الا بولى » هذا المذهب وبه قال عمر وعلى وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وأبو هريرة وعائشة والحسن البصرى وابن المسيب وابن شبرمة وابن أبي ليلى والعترة والشافعى واسحاق وجمهور أهل العلم قال ابن المنذر لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك لما روى أبو موسى الأشعرى ان النبي ﷺ قال « لا نكاح الا بولى » رواه الخمسة وصححه ابن المدينى وهو لنفى الحقيقة الشرعية بدليل ما روى سليمان بن موسى عن الزهرى عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ « ايما امرأة انكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » رواه أحمد وأبو داود والترمذى وصححه وعنه ليس الولى بشرط مطلقا وخصها المصنف وجماعة بالعذر كعدم الولى فالسلطان ، وعنه لها ان تأمر رجلا يزوجها وعن أبي حنيفة أنه لا يعتبر الولى مطلقا وعن مالك يعتبر الولى فى الرفيعة دون الوضيعة واجيب عنه بأن الادلة لم تفصل

(٢) قوله « وعنه لها الخ » اى لأن الولاية لها عليها فوجب استصحابها ولأن الولاء كالملك .

[فائدة] فعلى المذهب يزوج امتها بأذنها من يزوجها على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وعنه يزوجها اى رجل اذنت له هذا اذا كانت رشيدة فاما المحررة فيزوج أمتها وليها فى مالها خاصة قاله فى المغنى والشرح وغيرهما وقطعوا به وعلى المذهب اذا زوجها وليها باذنها فلا بد من نطقها بالأذن ثيبا كانت أو بكرا وعلى المذهب لو زوجت بغير اذن وليها فهو نكاح الفضولى وفيه طريقان أحدهما فيه الخلاف الذى فى تصرف الفضولى على ما تقدم فى البيع ، والصحيح من المذهب البطلان هناك فكذا هنا . والطريق الثانى القطع ببطلانه فعلى القول بفساد النكاح وهو المذهب لا يحل الوطء فيه وعليه فراقها فان ابى فسخه الحاكم فان وطئ فلا حد عليه على الصحيح من المذهب

وتزويج غيرها بالوكالة والأول المذهب . وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها ثم أبوه وان علا ثم ابنها ثم ابنه وان نزل(١) ثم أخوها لابويها ثم لابيها(٢) ، وعنه تقديم الابن على الجد والتسوية بين الجد والاخ وبين الاخ للابوين والأخ للاب ثم بنو الاخوة وان سفلوا ثم العم ثم ابنه ثم الاقرب

[فائدة] لو حكم بصحته حاكم لم ينقض على الصحيح من المذهب قدمه فى المغنى والشرح وغيرهما

[تنبيه] ظاهر كلام المصنف فى قوله وعنه لها تزويج معتقتها ان المعتقة كالأمة وهو صحيح وهو المذهب واختاره الشيخ تقى الدين وعنه لا تلى نكاح المعتقة فعلى الأولى ان طلبت واذنت زوجتها فلو عضلت زوج وليها وعلى الثانية يزوجها بدون اذنها أقرب عصبتها ثم السلطان

على قوله « باذن وليها » * وبه قال أبو ثور أخذا بمفهوم قوله « أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها » واجيب عنه بحديث أبى هريرة مرفوعا « لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فان الزانية هى التى تزوج نفسها » رواه ابن ماجه والدارقطنى

(١) قوله « وأحق الناس الخ » هذا المذهب وبه قال الشافعى وهو المشهور عن أبى حنيفة وقال مالك والعنبرى وأبو يوسف واسحاق وابن المنذر الآبن اولى لأنه اولى منه بالميراث وأقوى تعصيبا لأنه يسقط تعصيب جده . ولنا أن الولد موهوب لابيه قال تعالى ﴿ ووهبنا له يحيى ﴾ وقال ابراهيم ﴿ الحمد لله الذى وهب لى على الكبر اسماعيل واسحاق ﴾ وقال ﷺ « أنت ومالك لأبيك » وعنه يقدم الابن وابنه على الجد .

(٢) قوله « ثم أخوها الخ » لا خلاف فى تقديم الأخ بعد عمودى النسب . واختلفت الرواية عن أحمد فى الأخ للأبوين والأخ للاب اذا اجتمعا فعنه انهما سواء اختارها الخرقى وبه قال أبو ثور والشافعى فى القديم وهو المذهب عند المتقدمين قال الزركشى وهو المذهب عند الجمهور لأنهما استويا فى الادلاء بالجهة التى تستفاد بها العصوبة وهى جهة الأب وانما رجح فى الميراث بجهة الأم ولا مدخل لها فى العصوبة والثانية الأخ من الأبوين أولى ، وهـذا المذهب عند المتأخرين واختاره جماعة منهم المصنف والشارح وهو قول أبى حنيفة ومالك والشافعى فى الجديد لأنه حق يستفاد بالتعصيب فقدم فيه كالميراث

فالاقرب من العصبات على ترتيب الميراث ثم المولى المنعم(١) ثم عصباته من بعده الاقرب فالاقرب ثم السلطان(٢) . فاما الامة فوليها سيدها (٣) فان كانت لامرأة فوليها ولى سيدتها ولا يزوجها الا باذنها. ويشترط فى الولى الحرية(٤)

[فائدة] وكذا الحكم فى اولاد الاخوة من الأبوين والاب والأعمام من الابوين والاب واولادهم وهلم جرا

(١) قوله « ثم المولى الخ » يعنى اذا لم يكن للمرأة عصبة من نسبها فوليها مولاها يزوجها ولا نعلم خلافا فى أن العصبة أولى منه

(٢) قوله « ثم السلطان » هذا المذهب لا نعلم خلافا بين أهل العلم فى ان للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عضلهم لقوله ﷺ « السلطان ولى من لا ولى له » رواه أبو داود والسلطان هنا هو الأمام أو الحاكم أو من فوضا اليه . واختلفت الرواية فى والى البلد فعنه يزوج لأنه ذو سلطان فيدخل فى العموم وعنه لا يزوج

[فائدة] قال الزركشى ان لم يكن للمرأة ولى فعنه وهو ظاهر كلام الأصحاب لا بد من الولى مطلقا حتى قال القاضى أبو يعلى الصغير فى رجل وامرأة فى سفر ليس معها ولى ولا شهود لا يجوز ان يتزوج بها وان خاف الزنا بها . قلت وليس بظاهر مع خوف الزنا . وعنه والى البلد أو كبيره يزوج اختاره الشيخ تقى الدين وقدمه فى النظم قال فى الفروع والصحيح ما نقل عن أحمد وغيره يزوجها ذو السلطان فى ذلك المكان كالعضل وان تعذر وكلت

على قوله « ثم السلطان » فعلى هذا اذا استولى أهل البغى على بلد جرى حكم سلطانهم وقاضيهم فى ذلك مجرى الامام وقاضيه لأنه جرى مجراه فى قبض الصدقات والجزية والخراج فكذلك فى هذا

[فائدة] لا ولاية لغير العصبات من الاقارب كالاخ من الام والخال وعم الأم وأبى الأم ونحوهم نص عليه فى مواضع وهو قول الشافعى واحدى الروايتين عن أبى حنيفة ، وعن أبى حنيفة أن ذوى الأرحام من الأولياء فاذا لم يكن ثم ولى أو كان موجودا أو عضل انتقل الأمر الى السلطان

(٣) قوله « فاما الامة » هذا بلا نزاع ولو كان فاسقا أو مكاتبا وتقدم أن لسيدها ان يجبرها الا أن تكون مكاتبة على الصحيح من المذهب

(٤) قوله « ويشترط فى الولى الحرية » هذا الصحيح من المذهب

والذكورية واتفاق الدين والعقل . وهل يشترط بلوغه وعـــدالته ؟ على روايتين[1] . فان كان الأقرب طفلا أو كافرا أو عبدا زوج الأبعد وإن عضل الأقرب زوج الأبعد[2] ، وعنه يزوج الحاكم ، وان غاب غيبة منقطعة زوج الأبعد[3] وهى مالا تقطع الا بكلفة ومشقة فى ظاهر كلامه ، وقال

---

(١) قوله « وهل يشترط بلوغه الخ » احداهما يشترط بلوغـه وهى المذهب قال أحمد لا يزوج الغلام حتى يحتلم وهذا قول الثورى والشافعى واسحاق وابن المنذر وأبى ثور . وعنه اذا بلغ عشرا زوج . أما اشتراط العدالة فاطلق المصنف فيها الروايتين إحداهما تشترط وهو المذهب قال أحمد اذا كان القاضى مثل ابن الحلبى وابن الجعد استقبل النـكاح وهذا قول الشافعى لما روى عن ابن عباس انه قال لا نـكاح الا بشاهدى عدل وولى مرشد . والثانية ليست شرطا وهو قول مالك وأبى حنيفة وأحـــد قولى الشافعى لأنه يلى نـكاح نفسه فتثبت له الولاية على غيره كالعدل .

(٢) قوله « وان عضل الأقرب الخ » هذا الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب وعنه ينتقل الى السلطان وهو اختيار أبى بكر ، وذكر ذلك عن عثمان وشريح وبه قال الشافعى لقول النبي ﷺ « فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » . ولنا أنه تعذر من جهة الاقرب فملـكه الأبعد كما لو جن ، ولأنه يفسق بالعضل فان عضل الأولياء كلهم زوج الحاكم والحديث حجة لنا لقوله « السلطان ولى من لا ولى له » وهذه لها ولى

[فائدة] العضل منع المرأة التزويج بكفوها اذا طلبت ذلك ورغب كل منهما فى صاحبه سواء طلبت ذلك بمهر مثلها أو دونه قاله الأصحاب وبه قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لهم منعها من التزويج بدون مهر مثلها لأن عليهم فى ذلك عارا وضررا على نسائها لنقص مهر مثلهن . ولنا أن المهر خالص حقها أو عوض يختص بها فلم يكن لهم الأعتراض عليها قال الشيخ تقى الدين ومن صور العضل اذا امتنع الخطاب لشدة الولى

(٣) قوله « واذا غاب غيبة منقطعة الخ » الـكلام فى هـذه المسئلة فى أمرين أحدهما ان الأقرب اذا غاب غيبة منقطعة زوج الأبعد دون الحاكم ، وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعى يزوج الحاكم . الثانى فى الغيبة المنقطعة . والصحيح من المذهب =

الخرقى مالا يصل اليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه ، وقال القاضى مالا تقطعه القافلة فى السنة الا مرة ، وعن أحمد رحمه الله اذا كان الاب بعيد السفر زوج الأبعد فيحتمل انه أراد ماتقصر فيه الصلاة . ولا يلى كافر نكاح مسلمة بحال الا اذا أسلمت أم ولده فى وجه[1] ولا يلى مسلم نكاح كافرة الا سيد الامة أو ولى سيدتها أو السلطان . ويلى الذمى نكاح موليته الذمية من الذمى[2] وهل يليه من مسلم ؟ على وجهين[3]، فاذا زوج الابعد من غير عذر للاقرب

= انها مالا تقطع الا بكلفة ومشقة نص عليه قال المصنف وهذا الصحيح ان شاء الله فان التحديدات بابها التوقيف ولا توقيف هنا فيرد الى ما يتعارفه الناس بينهم مما لم تجر العادة به بالانتظار فى مثل ذلك ويذهب الخاطب والصحيح من المذهب أيضا أنها تكون فوق مسافة القصر لانه من دون ذلك فى حكم الحاضر

[فائدة] اذا كان الاقرب أسيرا أو محبوسا فى مسافة قريبة لا تمكن مراجعته أو تتعذر أى تتعسر مراجعته أو كان غائبا لا يعلم محله اقريب هو أو بعيد أو علم أنه قريب ولم يعلم مكانه أو كان مجهولا لا يعلم انه عصبته فزوج الأبعد صح

(١) قوله « ولا يلى كافر الخ » هذا المذهب وهو قول مالك والشافعى وأبى عبيد وأصحاب الرأى لأنه ليس له ولاية على المسلمة . قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم

[فائدة] ظاهر كلام المصنف أن الذمى لا يلى نكاح مكاتبته ومدبرته وهو أحد الوجهين والصحيح من المذهب أنه يلى نكاح مكاتبته ومدبرته وأم ولده اذا أسلمن . وظاهر كلامه أيضا أنه لا يلى نكاح ابنته المسلمة وهو صحيح وهو المذهب

(٢) قوله « ويلى الذمى الخ » هذا المذهب المقطوع به عند الأصحاب لأنه مساو لها فوليه كالمسلم

(٣) قوله « وهل يليه الخ » أحدهما يليه وهو المذهب وهو قول أبى حنيفة للآية والمساواة ، والثانى لا يزوجها الا الحاكم

[فائدة] يشترط فى الذمى اذا كان وليا الشروط المعتبرة فى المسلم

أو زوج أجنبي لم يصح[١] وعنه يصح ويقف على إجازة الولي[٢] . ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه[٣] وان كان حاضرا ، ووصيه في النكاح

---

(١) قوله « واذا زوج الأبعد الخ » هذا المذهب بلا ريب وبه قال الشافعي وقال مالك يصح ، فعلى المذهب العقد فاسد لا يقف على الاجازة . وكذلك اذا زوج الأجنبي أو زوجت المرأة المعتبر اذنها بغير اذنها أو تزوج العبد بغير اذن سيده فالنكاح في هذا كله باطل نص عليه في مواضع وهو أصح الروايتين عنه ، وهو قول الشافعي وأبي عبيد وابي ثور لقوله ﷺ « ايما امرأة الخ »

(٢) قوله « وعنه يصح الخ » أي فان اجازه جاز والا فسد . قال أحمد في صغير زوجه عمه فان رضي به في وقت من الأوقات جاز وان لم يرض فسخ . واذا زوجت اليتيمة فلها الخيار اذا بلغت . وقال اذا تزوج العبد بغير اذن سيده ثم علم فان شاء ان يطلق عليه فالطلاق بيد السيد فان اذن في التزويج فالطلاق بيد العبد وهذا قول أصحاب الرأي في كل مسئلة يعتبر فيها الاذن وروى ذلك في النكاح بغير ولي عن علي بن أبي طالب وابن سيرين والقاسم والحسن بن صالح واسحاق وأبي يوسف ومحمد لما روى « أن جارية بكرا اتت النبي ﷺ فذكرت له أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ » رواه أحمد وابو داود وابن ماجه وروى « ان فتاة جاءت الى النبي ﷺ فقالت ان ابي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته قال فجعل الأمر اليها » ولنا قوله ﷺ « ايما امرأة الخ » وقال « اذا نكح العبد بغير اذن سيده فنكاحه باطل » رواه أبو داود وابن ماجه الا ان أبا داود قال هو موقوف على ابن عمر . وأما حديث المرأة التي خيرها رسول الله ﷺ فهو مرسل رواه الناس عن عكرمة عن النبي ﷺ ولم يذكروا ابن عباس قاله أبو داود . ثم يحتمل ان هذه المرأة هي التي قالت ان أبي زوجني من ابن اخيه ليرفع بي خسيسته فتخييرها لتزويجها من غير كفوها وهذا يثبت الخيار ولا يبطل النكاح فعلى المذهب ان وطىء الزوج فيه فلا حد عليه لأنه نكاح مختلف فيه

[فائدة] اذا ادعت المرأة انها خلية وان لا ولي لها زوجت . ذكره الشيخ تقي الدين

(٣) قوله « ووكيل كل واحد » الصحيح من المذهب جواز الوكالة في النكاح وجواز توكيل الولي سواء كان مجبرا أو غير مجبر أبا كان أو غيره باذن الزوجة =

بمنزلته[1] ، وعنه لاتستفاد ولاية النكاح بالوصية ، وقال ابن حامد لا يصح الا أن لا يكون له عصبة .واذا استوى الاولياء فى الدرجة صح التزويج من

= وبغير اذنها وهو ظاهر كلام المصنف لأنه روى أنه ﷺ وكل أبا رافع فى تزويج ميمونة ووكل عمرو بن أمية الضمرى فى تزويج أم حبيبة

[فوائد] يجوز التوكيل مطلقا ومقيدا ، فالمطلق مثل أن يوكله فى تزويج من يرضاه أو من شاء ونحوهما ، والمقيد مثل أن يوكله فى تزويج رجل بعينه ونحوه وهذا المذهب نص عليه

(الثانية) يثبت للوكيل ما يثبت للموكل فان كان الولى مجبرا كان ذلك لوكيله وان كانت ولايته ولاية مراجعة احتاج الوكيل الى المراجعة

(الثالثة) يشترط فى وكيل الولى ما يشترط فى الولى على الصحيح من المذهب فلا يصح أن يكون الوكيل فاسقا ونحوه وهو من مفردات المذهب ، وقيل يصح توكيل فاسق وعبد ومميز ، ولا يشترط فى وكيل الزوج عـــدالته على الصحيح من المذهب .

(الرابعة) ليس للوكيل المطلق ان يتزوجها لنفسه فان فعل فهو كتزوج الفضولى على ما تقدم ، وحكى ابن أبى موسى انه اذا اذن له الولى فى التوكيل فوكل غيره فزوجه صح ، وأما من ولايته بالشرع كالولى والحاكم وأمينه فله ان يزوج نفسه

(الخامسة) يعتبر أن يقول الولى أو وكيله لوكيل الزوج زوجت فلانة لفلان أو زوجت موكلك فلانا فلانة ولا يقول زوجتها منك ويقول الوكيل قبلت تزويجها أو نكاحها لفلان فان لم يقل لفلان فوجهان قال فى الرعاية ان قال قبلت هذا النكاح ونوى انه قبله لموكله صح قلت يحتمل ضده

(١) قوله « ووصيه فى النـكاح الخ » هذا المذهب وهذا قول الحسن وحماد ابن أبى سليمان ومالك . وعنه لاتستفاد بالوصية وبه قال الثورى والشعبى والنخعى والحارث العكلى وأبو حنيفة والشافعى وابن المنذر . ولنا انها ولاية ثابتة للأب فجازت الوصية بها كولاية المال ، فعلى هذا تجوز الوصية من كل ذى ولاية سواء كان مجبرا كالأب وغير مجبر كالأخ ووصى كل واحد يقوم مقامـه فان كان الولى له الأجبار كان ذلك لوصيه وان كان يحتاج الى اذنها فوصيها كذلك

كل واحد منهم ، والاولى تقديم أفضلهم ثم أسنهم ، وان تشاحوا أقرع بينهم فان سبق غير من وقعت له القرعة فزوج صح فى أقوى الوجهين(١) وان زوج اثنان ولم يعلم السابق منهما فسخ النكاحان(٢) ، وعنه يقرع بينهما فمن قرع أمر الآخر بالطلاق ثم يجدد القارع نكاحه ، واذا زوج عبده الصغير من

---

(١) قوله « فان سبق غير الخ » وهذا المذهب لأنه تزويج صدر من ولى كامل الولاية كالمنفرد وانما القرعة لازالة المشاحة

[تنبيه] محل الخلاف اذا اذنت لهم فاما ان اذنت لواحد منهم تعين ولم يصح نكاح غيره على المذهب ، وعنه ان اجازه من عينته صح

(٢) قوله « وان زوج اثنان الخ » أى اذا زوجها اثنان لاثنين باذنها وعلم السابق فالنكاح له فى قول اكثرهم لما روى الحسن عن سمرة مرفوعا قال « ايما امرأة زوجها وليان فهى للأول منهما » رواه الخمسة وحسنه الترمذى وروى عن على أنه قال ان دخل بها الثانى وهو لا يعلم انها ذات زوج فرق بينهما بغير طلاق ولا عليه مهر مثلها اختاره الخرقى وهو الصحيح ، وقال أبو بكر لها المسمى قال القاضى هو قياس المذهب وان لم يعلم الأول فسخ النكاح أى يفسخه الحاكم وهذا المذهب لان كل واحد منهما يحتمل ان يكون نكاحه هو الصحيح والجمع متعذر ، وقال القاضى يفسخه كل واحد من الزوجين وعن أبى بكر يطلقانها قال فى الانصاف وهذا احوط وعنه يقرع بينهما اختارها النجاد والقاضى فى التعليق والشريف وأبو الخطاب والشيرازى فعلى هذه الرواية من قرع منهما جـــدد نكاحه باذنها وهو الصحيح ، وعنه هى للقارع من غير تجديد عقد اختاره أبو بكر النجاد ، قال الزركشى هذا ظاهر كلام الجمهور واختاره الشيخ تقى الدين ومال اليه فى القواعد الفقهية فعلى القول بأنه يجدد نكاحه قال المصنف ينبغى أن لا تجبر المرأة على نكاح من خرجت القرعة بل لها ان تتزوج من شاءت منهما ومن غيرهما قال الشيخ تقى الدين وليس هذا بجيد فاما على هذا القول اذا أمرنا المقروع بالفرقة وقلنا لها أن لا تتزوج القارع خلت منهما فلا يبقى بين الروايتين فرق ولا يبقى للقرعة اثر أصلا بل تكون لغوا وهذا تخليط وانما على هذا القول يجب أن يقال هى زوجة القارع بحيث يجب عليه نفقتها وسكناها ولو مات ورثته لكن لا يطأ حتى يجدد العقد فيكون تجديد العقد محل الوطء فقط هذا قياس المذهب

أمته جاز أن يتولى طرفى العقد[١] . وكذلك ولى المرأة مثل ابن العم والمولى والحاكم اذا أذنت له فى نكاحها فله أن يتولى طرفى العقد[٢] ، وعنه لا يجوز حتى يوكل غيره فى أحد الطرفين[٣] . واذا قال السيد لامته أعتقتك وجعلت عتقك صداقك صح[٤] ، فان طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف

[فوائد] لو علم السبق ونسى السابق فالصحيح من المذهب اجراء الخلاف فيها كالتى قبلها

(الثانية) ومنها لو اقرت المرأة لأحدهما لم يقبل على الصحيح من المذهب

(الثالثة) اذا أمر غير القارع بالطلاق فطلق فلا صداق عليه

(١) قوله « واذا زوج عبده الصغير الخ » هذا بلا نزاع لأنه ملكه بحكم الملك والولاية

(٢) قوله « وكذلك ولى المرأة الخ » يعنى يجوز له ان يتولى طرفى العقد وهذا المذهب لقول عبد الرحمن بن عوف لام حكيم بنت قارض اتجعلين أمرك الى قالت نعم قال قد تزوجتك رواه البخارى تعليقا ، ولأنه عقد وجد فيه الايجاب والقبول فصح كما لو كانا من رجلين والأشهر أنه يكفى الايجاب فيقول زوجت فلانا فلانة أو تزوجتها ان كان هو الزوج لفعل عبد الرحمن وهو الصحيح من المذهب

[فائدة] من صور تولى الطرفين لو وكل الزوج الولى أو الولى الزوج أو وكلا واحدا

[فائدة] لا يجوز لولى المجبرة كبنت عمه المجنونة وعتيقته المجنونة نكاحها بلا ولى غيره أو حاكم قال الزركشى لا يجوز بلا نزاع

(٣) قوله « وعنه لا يجوز الخ » أى لأن المغيرة بن شعبة خطب امرأة هو أولى الناس بها فأمر رجلا فزوجه رواه البخارى تعليقا

[فائدة] اذا اذنت له فى تزويجها ولم يعين الزوج لم يجز أن يزوجها نفسه على المذهب لإن اطلاق الأذن يقتضى تزويجها غيره ويجوز له ان يزوجها لولده ووالده واخيه ونحوهم اذا كان كفوا

(٤) قوله « واذا قال السيد الخ » هذا المذهب لما روى انس ان النبى ﷺ اعتق صفية وتزوجها فقال له ثابت ما أصدقها قال نفسها اعتقها وتزوجها متفق عليه وفى لفظ للبخارى وجعل عتقها صداقها ورواه الأثرم عن على وفعله انس

قيمتها(١)، وعنه لايصح حتى يستأنف نكاحها باذنها فان آبت ذلك فعليها قيمتها

فصل

الرابع الشهادة ، فلا ينعقد الا بشاهدين (٢) عدلين (٣)

---

(١) قوله « فان طلقها الخ » هذا بلا نزاع ونقله الجماعة ، لكن اذا لم تكن قادرة فهل تنتظر القدرة او تستسعى فيه روايتان منصوصتان اصلهما المفلس اذا كان له حرفة هل يجبر على الاكتساب على الروايتين فيه وتقدم فى باب الحجر ان الصحيح من المذهب انه يجبر فيكون الصحيح من المذهب انها تستسعى

(٢) قوله « الرابع الشهادة الخ » هذا المذهب احتياطا للنسب وخوف الانكار فهو شرط لصحة النكاح روى ذلك عن عمر وعلى وهو قول ابن عباس وسعيد ابن المسيب وجابر بن زيد والحسن والنخعى وقتادة والثورى والأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى وعنه يصح بغير شهود فعله ابن عمر والحسن بن على وابن الزبير وسالم وحمزة ابنا ابن عمر وبه قال عبد الله بن ادريس وعبد الرحمن بن مهدى ويزيد بن هارون والعنبرى وأبو ثور وابن المنذر وهو قول الزهرى ومالك اذا أعلنوه قال الامام أحمد وغيره ليس عن النبى ﷺ فى الاشهاد على النكاح حديث صحيح قال ابن المنذر لا يثبت فى الشاهدين فى النكاح خبر ، ولنا ما روت عائشة مرفوعا « لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل » رواه ابن حبان وصححه وفى بعض طرقه « ايما امرأة انكحت نفسها بغير اذن وليها وشاهدى عدل فنكاحها باطل » ذكره الدارقطنى عن يونس عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهرى عن عروة عنها مرفوعا . وعن ابن عباس قال البغايا اللائى ينكحن انفسهن بغير بينة رواه الترمذى وقال لم يرفعه عبد الأعلى ووقفه قال والوقف اصح وعن عائشة أن النبى ﷺ قال « لا بد فى النكاح من أربعة الولى والزوج والشاهدان » رواه الدارقطنى

(٣) قوله « عدلين » أى للأخبار وهذا المذهب وهو مذهب الشافعى وعنه تنعقد بشهادتهما وهو قول أبى حنيفة وعلى كلا الروايتين لا يعتبر حقيقة العدالة بل تنعقد بشهادة مستورى الحال لم يظهر فسقهما وان لم نقبلهما فى الأموال ، فان تبين بعد العقد انهما فاسقان حالة العقد لم يؤثر فى العقد لأن الشرط العدالة ظاهرا وقيل النكاح فاسد وان حدث الفسق لم يؤثر فى صحة النكاح

ذكرين[١] بالغين[٢] عاقلين وان كانا ضريرين ، وعنه ينعقد بحضور فاسقين ورجل وأمرأتين ومراهقين عاقلين ، ولا ينعقد نكاح مسلم بشهادة ذميين ، ويتخرج أن ينعقد اذا كانت المرأة ذمية[٣] ، ولا ينعقد بحضور أصمين ولا أخرسين ، وهل ينعقد بحضور عدوين أو ابنى الزوجين أو أحدهما ؟ على وجهين[٤] . وعنه أن الشهادة ليست من شروط النكاح

فصل

الخامس كون الرجل كفؤا لها فى إحدى الروايتين[٥] فلو رضيت

---

(١) قوله « ذكرين » هذا المذهب أيضا لقول الزهرى : مضت السنة ان لا تجوز شهادة النساء فى الحدود ولا النكاح ولا الطلاق رواه أبو عبيد فى الأموال ولانه عقد ليس بمال ولا يقصد به ويطلع عليه الرجال غالبا

(٢) قوله « بالغين » هذا المذهب ايضا لأن الصبى لا شهادة له ، وعنه تنعقد بشهادة مراهقين عاقلين بناء على انهما من اهل الشهادة . الخامس الاسلام فلا ينعقد بشهادة كافرين سواء كان الزوجان مسلمين أو الزوج وحده نص عليه وهو قول الشافعى .

(٣) قوله « ويتخرج الخ » وهذا قول أبى حنيفة بناء على قبول شهادتهم بعضهم لبعض والأول أصح لقوله ﷺ وشاهدى عدل

على قوله « وتنعقد الخ » هذا المذهب بناء على انهما من أهل الشهادة ويعتبر أن يتيقن الصوت على وجه لا يشك فيهما

[فائدة] ينعقد بشهادة عبدين على المذهب وقال أبو حنيفة والشافعى لا ينعقد والخلاف فى ذلك مبنى على الخلاف فى قبول شهادتهما فى سائر الحقوق

(٤) قوله « وهل ينعقد الخ » أحدهما ينعقد بحضور عدوين وهو المذهب لعموم قوله ﷺ « وشاهدى عدل » وأما انعقاده بحضور ابنى الزوجين أو احدهما فالمذهب انه لا ينعقد وكأبويهما او ابن احدهما وابن الآخر المتهمة

(٥) قوله « الخامس الخ » اختلفت الرواية فعنه أن الكفاءة شرط فانه قال اذا تزوج المولى العربية فرق بينهما وهذا قول سفيان قال فى الانصاف وهى المذهب =

المرأة والاولياء بغيره لم يصح ، والثانية ليس بشرط وهى أصح[١] ، لكن ان لم ترض المرأة والأولياء جميعهم فلمن لم يرض الفسخ ، فلو زوج الأب بغير كفؤ برضاها فللاخوة الفسخ نص عليه ، والكفاءة الدين والمنصب[٢] ، فلا تزوج عفيفة بفاجر ولا عربية بعجمى ، والعرب

= عند اكثر المتقدمين قال الزركشى هذا المنصوص المشهور والمختار لعامة الأصحاب قال ابن المنجا فى شرحه هذا المذهب وقطع به الخرقى

(١) قوله « والثانية الخ » يعنى ليست الكفاءة شرطا فى الصحة بل شرط فى اللزوم قال المصنف « وهى أصح » وهى المذهب عند المتأخرين وهذا قول اكثر أهل العلم روى نحوه عن عمر وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز وعبيد بن عمير وحماد بن أبى سليمان وابن سيرين وابن عون ومالك والشافعى وأصحاب الرأى لقوله تعالى ﴿ إن اكرمكم عند الله اتقاكم ﴾ وقالت عائشة ان أبا حذيفة بن عتبة ابن ربيعة تبنى سالما وانكحه ابنة أخيه هندا بنت الوليد بن عتبة وهو مولى لامرأة من الأنصار اخرجه البخارى وامر النبى ﷺ فاطمة بنت قيس أن تنكح اسامة ابن زيد مولاه فنكحها بامره متفق عليه وزوج اباه زيدا ابنة عمه زينب بنت جحش لكن ان لم ترض المرأة والأولياء جميعهم فلمن لم يرض الفسخ لما روى عبد الله بن بريدة عن ابيه قال « جاءت امرأة الى النبى ﷺ فقالت ان أبى زوجنى من ابن اخيه ليرفع بى خسيسته قال فجعل الأمر اليها فقالت : قد اجزت ما صنع ابى ولكن اردت ان اعلم النساء ان ليس للآباء من الأمر شىء » رواه أحمد والنسائى وظاهر المذهب ان العقد يقع صحيحاً فعلى هذه الرواية يثبت لمن لم يرض الفسخ وبهذا قال مالك والشافعى ، وقال أبو حنيفة اذا رضيت المرأة وبعض الأولياء لم يكن لباقى الأولياء الفسخ . ولنا ان كل واحد من الأولياء يعتبر رضاه ولا فرق بين الاب وغيره ، وقال مالك والشافعى ليس لهم فسخ اذا زوج الأقرب

على قوله « فلمن لم يرض الفسخ » * وله الفسخ فى الحال ومتراخيا قال الشيخ تقى الدين ينبغى أن يكون على التراخى فى ظاهر المذهب

(٢) قوله « والكفاءة الخ » أى لا غير وهذا إحدى الروايتين ، وعنه أن الحرية والصناعة واليسار من شروط الكفاءة أيضا وهو المذهب فتكون خمسة =

بعضهم لبعض أكفاء، وسائر الناس بعضهم لبعض أكفاء، وعنه لا تزوج قرشية لغير قرشي ولا هاشمية لغير هاشمي، وعنه أن الحرية والصناعة واليسار من شروط الكفاءة، فلا تزوج حرة بعبد ولا بنت بزاز بحجام ولا بنت تانىء بحائك ولا موسرة بمعسر

باب المحرمات فى النكاح

وهن ضربان : محرمات على الأبد ، وهن أربعة أقسام (أحدها)

= وقال مالك الكفاءة فى الدين لاغير والدليل على اعتبار الدين قوله تعالى ﴿ افمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون ﴾ والدليل على اعتبار المنصب وهو النسب قول عمر لأمنعن تزوج ذوات الأحساب الا من الاكفاء قال قلت وما الاكفاء قال فى الحسب رواه الخلال فعلى المذهب لا يكون العجمى وهو من ليس بعربى كفوا لعربية وأما الحرية فلان العبد منقوص بالرق ممنوع من التصرف فى كسبه والمبعض كالقن والعتيق كله كفو للحرة . واما الصناعة فلأن ذلك نقص فى عرف الناس فاشبه نقص النسب وروى فى حديث : العرب بعضهم لبعض اكفاء الا حائكاً او حجاما قيل لأحمد تأخذ به وانت تضعفه قال العمل عليه . وأما اليسار فلأن على الموسرة ضررا لإخلاله بنفقتها ومؤنة أولادها ولهــذا ملكت الفسخ بأعساره بالنفقة . والمراد باليسار ما يجب لها من المهر والنفقة وقال ابن عقيل بحيث لا تتغير عليها عادتها عند ابيها فى بيته

[فوائد] موالى القوم كفو لهم على الصحيح من المذهب

(الثانية) ولد الزنا قد قيل انه كفو لذات نسب ، وعن أحمد انه ذكر له انه ينكح وينكح اليه فكأنه لم يحب ذلك لأن المرأة تتضرر به هى وأولياؤها ويتعدى ذلك الى ولدها وليس هو كفوا للعربية بغير اشكال فيه لانه ادنى حالا من الموالى قاله فى الشرح

(الثالثة) لا تعتبر هذه الصفات فى المرأة فليست الكفاءة فى حقها شرطا للرجل لانه ﷺ لا مكافىء له وقد تزوج من احياء العرب وتزوج صفية وتسرى بالأماء قال «من كان عنده جارية فعلمها واحسن تعليمها ثم اعتقها وتزوجها فله اجران» متفق عليه ، ولأن الولد يشرف بشرف أبيه لا بشرف امه

المحرمات بالنسب ، وهن سبع : الامهات وهن الوالدة والجدات من قبل الاب والام وان علون والبنات من حلال أو حرام[1] وبنات الاولاد وإن سفلوا والأخوات من الجهات الثلاث وبنات الاخ وبنات الأخت وأولادهم وإن سفلن والعمات[2] والخالات وإن علون ، ولا تحرم بناتهن . (القسم الثانى) المحرمات بالرضاع[3] ويحرم به ما يحرم من النسب سواء . (القسم الثالث)

على قوله « والكفاءة الدين والمنصب » ﴿ واختار الشيخ تقى الدين ان النسب لا اعتبار به فى الكفاءة واستدل بقوله ﴿ ان اكرمكم عند الله اتقاكم ﴾

على قوله « والعرب بعضهم لبعض أكفاء » ﴿ هـذا المذهب ، لأن المقداد بن الأسود الكندى تزوج ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب وزوج أبو بكر اخته الأشعث بن قيس وزوج على بنته أم كلثوم عمر بن الخطاب

على قوله « ولا بنت تانىء » ﴿ هو صاحب العقار

(١) قوله « والبنات من حلال أو حرام » وكذا بنته المنفية بلعان ومن شبهة وهذا المذهب لدخولهن فى عموم لفظ وبناتكم ، ويكفى فى التحريم ان يعلم انها ابنته ظاهرا وان كان النسب لغيره

على قوله « أو حرام » ﴿ وقال مالك والشافعى فى المشهور من مذهبه يجوز نكاح ابنته من الزنا واخته وبنت ابنه وبنت بنته وبنت اخته وأخيه

(٢) قوله « والعمات » أى أخوات الأب من الجهات الثلاث واخوات الأجداد من قبل الأب أو من قبل الأم قريبا كان الجد او بعيدا وارثا كان أو غير وارث .

[تنبيه] شمل قوله والعمات عمة ابيه وامه لدخولها فى عماته وعمة العم لأب لأنها عمة ابيه لا عمة العم لأم لأنها اجنبية منه وتحرم خالة العمة لأم ولا تحرم خالة العمة لأب لانها اجنبية وتحرم عمة الخالة لاب لأنها عمة الأم ولا تحرم عمة الخالة لأم لانها أجنبية .

(٣) قوله « المحرمات بالرضاع الخ » الذى ذكر الله سبحانه اثنتين فقال ﴿ وامهاتكم اللاتى ارضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ﴾ فأما الأمهات اللاتى ارضعنك وامهاتهن وجداتهن وان علت درجتهن فمحرمات بالآية وأما الاخوات فهى كل=

المحرمات بالمصاهرة وهن أربع : أمهات نسائه[1] وحلائل آبائه وأبنائه[2] فيحرمن بمجرد العقد دون بناتهن والربائب وهن بنات نسائه اللاتى دخل بهن[3] دون اللاتى لم يدخل بهن فان متن قبل الدخول فهل تحرم بناتهن ؟ على

= امرأة ارضعتك امها أو ارضعتها امك أو ارضعتك وإياها امرأة واحدة أو ارتضعت انت وإياها من لبن رجل واحد كرجل له امرأتان لهما منه لبن ارضعتك احداهما وارضعتها الأخرى فهى اختك محرمة عليك بالآية وكذلك كل امرأة حرمت عليك بالنسب حرم مثلها من الرضاع كالعمة والخالة والبنت وبنت الأخ وبنت الأخت لقوله ﷺ « يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » متفق عليه ولمسلم « الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة » ولا نعلم فى هذا خلافا ، قال ابن البنا فى خصاله والوجيز وغيرهما الا ام اخته واخت ابنه فانهما يحرمان من النسب ولا يحرمان بالرضاع وقاله الأصحاب واختار الشيخ تقى الدين انه لا يثبت به تحريم المصاهرة فلا يحرم على الرجل نكاح ام زوجته وابنتها من الرضاع ولا على المرأة نكاح ابى زوجها وابنه من الرضاع

(١) قوله « أمهات نسائه » هذا المذهب وعليه الاصحاب قاطبة فيحرمن بمجرد العقد نص عليه وهو قول اكثر أهل العلم منهم ابن مسعود وابن عمر وجابر وعمران بن حصين وكثير من التابعين وبه يقول مالك والشافعى وأصحاب الرأى وعنه امهات النساء كالربائب لا يحرمن الا بالدخول ببناتهن كما لا تحرم بناتهن الا بالدخول بها وحكى عن على

(٢) قوله « حلائل الابناء » دخل فيه كل من تزوجها احد من أولاده أو اولاد اولاده وان نزلوا سواء كانوا من اولاد البنين أو البنات من نسب أو رضاع بمجرد العقد ولا تحرم بناتهن فيحل له نكاح ربيبة ابيه وابنه لقوله تعالى ﴿ واحل لكم ما وراء ذلكم ﴾

(٣) قوله « بنات النساء الخ » وهن الربائب فلا يحرمن الا بالدخول بالأمهات وهن كل بنت لزوجة من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة وارثة أو غير وارثة وسواء كانت فى حجره أو لا فى قول عامة الفقهاء الا أنه روى عن عمر وعلى انهما رخصا فيها اذا لم تكن فى حجره وهو قول داود واختاره ابن عقيل لظاهر الآية اذا ثبت هذا فان الدخول بها وطؤها وان خلا بها ولم يطأها لم تحرم ابنتها

روايتين(١) . ويثبت تحريم المصاهرة بالوطء الحلال والحرام(٢) ، فان كانت الموطوءة ميتة أو صغيرة فعلى وجهين ، وان باشر امرأة أو نظر الى فرجها أو خلا بها لشهوة فعلى وجهين(٣) ، وان تلوط بغلام حرم على كل واحد

[فائدة] تحرم عليه بنت ابن زوجته نقله صالح وغيره وذكر الشيخ تقى الدين أنه لا يعلم فيه نزاعا ذكره فى القواعد . ولا تحرم زوجة ربيبه نص عليه قال الشيخ تقى الدين لا أعلم فيه نزاعا . ويباح للمرأة ابن زوجة ابنها وابن زوج ابنتها وابن زوج أمها وزوج زوجة ابيها

(١) قوله « فان متن قبل الدخول الخ » يعنى اذا ماتت المعقود عليها ولها بنت احداهما لا يحرمن وهو المذهب وبه قال على وعامة العلماء قال ابن المنذر أجمع عوام علماء الأمصار ان الرجل اذا تزوج المرأة ثم طلقها أو ماتت قبل ان يدخل بها حل له ان يتزوج ابنتها ، كذلك قال مالك والثورى والأوزاعى والشافعى وأحمد واسحاق وأبو ثور ومن تبعهم لقوله تعالى ﴿ فان لم تكونوا دخلتم بهن ﴾ الآية

على قوله « على روايتين » ٭ وكذا الحكم لو ابانها بعد الخلوة وقبل الدخول خلافا ومذهبا وكذلك قطع المصنف وغيره من الأصحاب فى المباشرة ونظر الفرج بعد التحريم

(٢) قوله « ويثبت الخ » اما بالوطء الحلال فاجماع ، واما ثبوته بوطء الشبهة فهو الصحيح من المذهب فاذا زنا بامرأة حرمت على ابيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها . ولو وطىء ام امرأته أو بنتها حرمت عليه امرأته نص عليه روى نحو ذلك عن عمران بن حصين وبه قال الحسن وطاوس ومجاهد والشعبى والنخعى والثورى وأصحاب الراى .

على قوله « بالوطء الحلال والحرام » ٭ واختار الشيخ تقى الدين ان الوطء الحرام لا ينشر تحريم المصاهرة

(٣) قوله « وان باشر امرأة الخ » أحدهما لا تنشر الحرمة وهو المذهب وهو قول الشافعى واكثر اهل العلم لقوله تعالى ﴿ واحل لكم ما وراء ذلكم ﴾ والثانى ينشرها فى موضع ينشرها اللمس روى عن عمر وابن عمر وعامر بن ربيعة وكان بدريا وعبد الله بن عمر فيمن يشترى الخادم ثم يجردها أو يقبلها لا يحل لابنه وطئها ـــ

منهما أم الآخر وابنته ، وعند أبي الخطاب هو كالوطء دون الفرج وهو الصحيح . (القسم الرابع) الملاعنة تحرم على الملاعن على التأبيد ، إلا أن يكذب نفسه ، فهل تحل له ؟ على روايتين

فصل

الضرب الثاني المحرمات الى امد ، وهن نوعان (أحدهما) المحرمات لاجل الجمع فيحرم الجمع بين الاختين[1] وبين المرأة وعمتها أو خالتها [2]، فان

= وهو قول القاسم والحسن ومجاهد ومكحول وحماد بن ابي سليمان وابي حنيفة لما روى ابن مسعود عن النبي ﷺ انه قال « من نظر الى فرج امرأة لم تحل له ابنتها » وفي رواية « لا ينظر الله الى رجل نظر الى فرج امرأة وابنتها » ولنا الآية ، والخبر ضعيف ، قاله الدارقطني وهو موقوف على ابن مسعود ثم يحتمل أنه كنى بذلك عن الوطء وأما النظر الى سائر البدن فلا ينشر الحرمة . ولا خلاف أيضا ان النظر اذا وقع لغير شهوة لا ينشر الحرمة وموضع الخلاف في اللمس والنظر فيمن بلغت تسع سنين فما زاد فاما الطفلة فلا يثبت فيها ذلك

[فائدة] ذكر الشيخ تقي الدين في كتاب التحليل ان الرجل اذا قتل رجلا ليتزوج امرأته انها لا تحل له ابدا . وسئل عن رجل خبب امرأة على زوجها حتى طلقت ثم تزوجها اجاب يعاقب مثل هذا عقوبة بليغة والنكاح باطل في أحد قولي العلماء مالك وأحمد وغيرهما ويجب التفريق فيه

على قوله « وان تلوط بغلام حرم على كل واحد منهما ام الآخر وابنته » ، هذا الصحيح من المذهب نص عليه لأنه وطء في فرج ينشر الحرمة كوطء المرأة وقال في الشرح . الصحيح ان هذا لا ينشر الحرمة فان هؤلاء غير منصوص عليهن في التحريم فيدخلن في عموم قوله تعالى ﴿ واحل لكم ما وراء ذلكم ﴾

(١) قوله « فيحرم الجمع بين الاختين » أي سواء كانتا من نسب أو رضاع حرتين كانتا أو أمتين أو حرة وامة من أبوين كانتا او من أب او أم وسواء ما قبل الدخول وما بعده لعموم قوله تعالى ﴿ وان تجمعوا بين الاختين ﴾ قال ابن المنذر أجمع اهل العلم على القول به

(٢) قوله « ويحرم الجمع بين المرأة الخ » اجماعا لما روى أبو هريرة مرفوعا =

تزوجهما فى عقد لم يصح(١) وان تزوجهما فى عقدين أو تزوج إحداهما فى عدة الأخرى سواء كانت بائنا أو رجعية فنكاح الثانية باطل(٢) ، وان اشترى أخت امرأته أو عمتها أو خالتها صح(٣) ولم يحل له وطؤها حتى يطلق امرأته وتنقضى عدتها(٤) ، وان اشتراهن فى عقد واحد

= قال « لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها » متفق عليه وللبخارى عن جابر مثله وسواء كانت العمة والخالة حقيقة أو مجازا كعمات آبائها وخالاتهم وعمات أمها وخالاتهن وان علت درجتهن ولو رضيتا من نسب أو رضاع . وخالف الشيخ تقى الدين فى الرضاع فلم يحرم الجمع مع الرضاع . فعلى المذهب كل شخصين لا يجوز لأحدهما ان يتزوج الآخر لو كان احدهما ذكرا لأجل القرابة لا يجوز الجمع بينهما وكذا يحرم الجمع بين عمة وخالة بأن ينكح امرأة وينكح ابنه أمها فيولد لكل واحد منهما بنت ويحرم أيضا الجمع بين عمتين بأن ينكح كل واحد منهما أم الآخر فيولد لكل واحد منهما بنت ولا يحرم الجمع بين ابنتى العم وابنتى الخال فى قول عامة أهل العلم ولا يكره على الصحيح من المذهب وهو قول سليمان بن يسار والشعبى وحسن بن حسن والأوزاعى والشافعى واسحاق وأبى عبيد وعنه يكره روى ذلك عن ابن مسعود وبه قال جابر بن زيد وعطاء والحسن وسعيد بن عبد العزيز . ولو تزوج اخت زيد من ابيه واخته من امه فى عقد واحد صح

(١) قوله « وان تزوجهما الخ » وكذا لو تزوج خمسا فى عقد واحد وهذا المذهب لأنه لا يمكن تصحيحهما ولا مزية لاحدهما على الآخر

(٢) قوله « وان تزوجهما فى عقدين الخ » لان به يحصل الجمع فاختص البطلان به وهذا المذهب لكن لو جهلت الأولى فسخا على الصحيح من المذهب ، وعنه يقرع بينهما فمن خرجت لها القرعة فهى الأولى ، فعلى المذهب يلزم لاحدهما نصف المهر يقترعان عليه

(٣) قوله « وان اشترى الخ » اى لأن الشراء يراد للأستمتاع وغيره ولذلك صح شراء المجوسية واخته من الرضاع وكذا لو ملكها بغير الشراء

(٤) قوله « ولم يحل له الخ » أى لئلا يكون جامعا بينهما فى الفراش وجامعا ماءه فى رحم من يحرم الجمع بينهما

صح[١]، فان وطيء إحداهما لم تحل له الاخرى حتى يحرم على نفسه الأولى[٢] باخراج عن ملكه أو تزويج ويعلم أنها ليست بحامل ، فان عادت الى ملكه لم يصب واحدة منهما حتى يحرم الاخرى[٣] وعنه ليس بحرام ولكن ينهى عنه[٤]

---

(١) قوله « وان اشتراهن الخ » يعني لو اشترى اختين او امرأة وعمتها أو خالتها فى عقد واحد صح لا نعلم فيه خلافا لأن الشراء يراد لغير الوطء بخلاف العقد .

(٢) قوله « فان وطيء احداهما الخ » أي اذا وطيء إحداهما جاز لأن الاخرى لم تصر فراشا وهذا قول اكثر أهل العلم ، وقال الحكم وحماد لا يقرب واحدة منهما وذكره أبو الخطاب مذهبا لأحمد فعلى هذا لا تحل له الأخرى الا بما ذكره المصنف وهذا المذهب وهو قول علي وابن عمر والحسن والأوزاعي واسحاق والشافعي ، ولا يكفي استبراؤها بدون زوال الملك على الصحيح من المذهب وقال ابن عقيل ينبغي أن يكتفي بذلك اذ به يزول الفراش المحرم للجمع وهو قول قتادة ، وفى الاكتفاء بتحريمها بكتابة أو رهن أو بيع بشرط الخيار وجهان ، والصحيح من المذهب انه لا يكفي

(٣) قوله « فان عادت الخ » يعني متى زال ملكه عن الموطوءة زوالا أحل له اختها فوطئها ثم عادت الأولى الى ملكه فليس له وطء احداهما حتى يحرم الأخرى باخراج عن ملكه أو تزويج نص عليه وسواء وطيء الثانية أو لا وهذا المذهب وقال أصحاب الشافعي لا تحرم عليه واحدة منهما لان الأولى لم تبق فراشا فاشبه ما لو وطيء امته ثم اشترى اختها . ولنا أن الثانية صارت فراشا وقد رجعت اليه التي كانت فراشا فحرمت كل واحدة منهما . واختار فى المغني ان عادت قبل وطء اختها فهي المباحة

(٤) قوله « وعنه ليس بحرام الخ » المذهب تحريم الجمع بين الأختين المملوكتين فى الوطء وكرهه عمر وعثمان وعلي وعمار وابن عمر وابن مسعود ، وممن قال بتحريمه عبد الله بن عتبة وجابر بن زيد وطاوس ومالك والاوزاعي والشافعي وأبو حنيفة وروى عن ابن عباس انه قال احلتهما آية وحرمتهما آية ولم اكن لأفعله وروى ذلك عن علي يريد قوله تعالى ﴿ وان تجمعوا بين الأختين ﴾ وقوله ﴿ الا على أزواجهم أو ما ملكت ايمانهم ﴾ وقال داود وأهل الظاهر لا يحرم استدلالا بالآية

وان وطىء امته ثم تزوج أختها لم يصح عند أبى بكر (١) ، وظاهر كلام أحمد رضى الله عنه أنه يصح(٢) ، ولا يطأها حتى يحرم الموطوءة ، فان عادت الى ملكه لم يطأ واحدة منهما حتى يحرم الاخرى(٣) ، ولا يحل للحر أن يجمع بين أكثر من أربع ، ولا للعبد أن يتزوج أكثر من اثنتين(٤)، وان طلق إحداهن لم يجز أن يتزوج أخرى حتى تنقضى عدتها (٥)

فصل

(النوع الثانى) محرّمات لعارض يزول ، فيحرم عليه نكاح زوجة

---

(١) قوله « وان وطىء أمته الخ » كلام أبى بكر هو المذهب قال القاضى هو ظاهر كلام أحمد

(٢) قوله « وظاهر الخ » هذا مذهب أبى حنيفة وقال الشافعى يصح النكاح وتحل له المنكوحة وتحرم اختها لأن النكاح أقوى من الوطء بملك اليمين

(٣) قوله « فان عادت الخ » اذا زوج الأمة الموطوءة أو اخرجها عن ملكه فله نكاح اختها فان عادت الأمة الى ملكه فالزوجية بحالها وحلها باق لان النكاح صحيح وهو أقوى ولا تحل له الأمة ، وعنه انه ينبغى ان يحرم احداهما

على قوله « أكثر من أربع » ٭ اجماعا الا شيئا يحكى عن القاسم بن ابراهيم انه اباح تسعا .

(٤) قوله « ولا للعبد الخ » هذا المذهب وبه قال عمر وعلى وعبد الرحمن ابن عوف وبه قال عطاء والحسن والشعبى وقتادة والثورى والشافعى وأصحاب الرأى ، وقال القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وطاوس ومجاهد ومالك وأبو ثور وداود له نكاح اربع لعموم الآية ، ولنا قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف فى عصرهم فكان اجماعا

(٥) قوله « وان طلق الخ » اذا كان الطلاق رجعيا فالتحريم باق بحاله فى قولهم جميعا وان كان الطلاق بائنا أو فسخا فكذلك يروى ذلك عن على وابن عباس وزيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب ومجاهد والنخعى والثورى وأصحاب الرأى وقال القاسم بن محمد وعروة وابن أبى ليلى ومالك والشافعى وابو عبيد وابن المنذر له نكاح جميع من سمينا فى تحريم الجمع وروى ذلك عن زيد بن ثابت

غيره[١] والمعتدة منه[٢] والمستبرئة منه ، وتحرم الزانيــة حتى تتوب وتنقضى عدتها ، ومطلقته ثلاثا حتى تنكح زوجا غيره ، والمحرمة حتى تحل[٣]، ولا يحل لمسلمة نكاح كافر بحال[٤] ولا لمسلم نكاح كافرة إلا حرائر أهل الـكتاب [٥]

---

(١) قوله « نكاح زوجة غيره » وذلك بغير خلاف لقوله تعالى ﴿ والمحصنات من النساء ﴾ الآية

(٢) قوله « والمعتدة » لقوله تعالى ﴿ ولا تعزموا عقدة النـكاح ﴾ الآية ، وسواء فى ذلك المعتدة من وطء مباح أو محرم . ولا يجوز نـكاح المرتابة بعد العدة بالحمل .

(٣) قوله « والمحرمة حتى تحل » أى فيحرم على المحرم أن يعقد النـكاح فى حال احرامه فان عقد احد نـكاحاً لمحرم أو على محرمة او عقـد المحرم لنفسه أو لغيره نـكاحا لم يصح لقوله ﷺ « لا ينـكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب » رواه مسلم وعنه ان عقد المحرم النـكاح لغيره صحيح

(٤) قوله « ولا يحل لمسلمة الخ » لقوله تعالى ﴿ ولا تنـكحوا المشركين ﴾ الآية ، ولقوله ﴿ لا هن حل لهم ﴾ ولا نعلم خلافا فى ذلك

(٥) قوله « إلا حرائر أهل الـكتاب » ليس بحمد الله بين أهل العلم اختلاف فى حل حرائر نساء أهل الـكتاب للسلم وسواء كان أهل الـكتاب اهل حرب او اهل ذمة والأولى أن لا يتزوج كتابية لان عمر قال للذين تزوجوا من نساء أهل الـكتاب طلقوهن ففعلوا الا حذيفة فقال عمر طلقها قال تشهد انها حرام قال هى جمرة (*) طلقها قال تشهد انها حرام قال هى جمرة (*) قال قد علمت أنها جمرة (*) ولـكنها لى حلال . قال فلما كان بعد طلقها فقيل له ألا طلقتها حين قال لك عمر؟ قال كرهت أن يرى الناس أنى ارتـكبت أمرا لا ينبغى ، وأهل الـكتاب الذين هذا حكمهم أهل التوراة والانجيل قال الله تعالى ﴿ ان تقولوا انمـا انزل الـكتاب على طائفتين من قبلنا ﴾ فاهل التوراة اليهود والسامرة وأهل الانجيل النصارى ومن وافقهم من الفرنج والأرمن وغيرهم ، وأما الصابئون فاختلف فيهم السلف كثيرا فروى عن أحمد انهم جنس من النصارى ونص عليه الشافعى وعن أحمد انه قال =

(*) كذا بالأصل وفى المغني هى خمرة وفي الشرح هى حرة

وان كان أحد أبويها غير كتابى[١] أو كانت من نساء بنى تغلب فهل تحل ؟ على روايتين[٢] وليس للمسلم وان كان عبدا نكاح أمة كتابية[٣]، وعنه يجوز ،

= بلغنى انهم يسبتون فهؤلاء اذا يشبهون اليهود قال الشارح والصحيح أنهم يوافقون اليهود والنصارى فى أصل دينهم ويخالفونهم فى فروعه فهم ممن وافقوه

(١) قوله « وان كان أحد أبويها الخ » احداهما لا تحل وهى المذهب وسواء كان أحد أبويها وثنيا أو مجوسيا أو مرتدا وبه قال الشافعى فيما اذا كان الأب غير كتابى لأن الولد ينسب الى ابيه ، والثانية تصح لعموم الآية . ومحل الخلاف اذا اختارت هى دين أهل الكتاب ، اما ان اختارت غيره فلا تباح قولا واحدا وعلى كلا الروايتين فى أصل المسئلة لو كان أبواها غير كتابيين واختارت هى دين أهل الكتاب فظاهر كلام المصنف هنا التحريم رواية واحدة وهو المذهب وقيل عنه لا تحرم وجزم به فى المغنى والشرح على الرواية الثانية . واختاره الشيخ تقى الدين اعتبارا بنفسه وقال هو المنصوص عن أحمد فى عامة اجوبته قال فى الانصاف وهو الصواب .

[فائدة] المجوس لا كتاب لهم ، ولا تحل ذبائحهم ، ولا نكاح نسائهم فى قول عامة العلماء الا أبا ثور فانه أباح ذلك

[فائدة] لا ينكح مجوسى كتابية على الصحيح من المذهب نص عليه وقيل بلى وينكح كتابى مجوسية على الصحيح من المذهب وقيل لا ، ولو ملك كتابى مجوسية فله وطئها

(٢) قوله « أو كانت من نساء الخ » احداهما تحل وهى المذهب بلا ريب لدخولها فى عموم الآية وأما سائر الكفار غير أهل الكتاب كمن عبد ما استحسن من الأصنام والأشجار والأحجار فلا خلاف بين أهل العلم فى تحريم نسائهم وذبائحهم ، والمرتدة يحرم نكاحها على أى دين كانت

(٣) قوله « وليس للمسلم الخ » هذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب ونص عليه وهو قول الحسن والزهرى ومكحول ومالك والشافعى والثورى والأوزاعى والليث واسحاق وروى ذلك عن عمر وابن مسعود ومجاهد وعنه يجوز وبه قال أبو ميسرة وأبو حنيفة لكن الخلال رد هذه الرواية وقال انما توقف أحمد فيها ولم ينقل له قول ووجه الأولى قوله ﴿ فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات ﴾ فشرط فى اباحة نكاحهن الإيمان ولم يوجد ولا فرق بين الحر والعبد

ولا يحل لحر مسلم نكاح أمة مسلمة إلا أن يخاف العنت ولا يجد طولا لنكاح حرة ولاثمن أمة(١) ، وإن تزوجها وفيه الشرطان ثم أيسر أو نكح حرة فهل يبطل نكاح الأمة ؟ على روايتين(٢) . وإن تزوج حرة أو أمة فلم تعفه ولم يجد

---

(١) قوله « ولا يحل لحر مسلم الخ » لا يباح للحر المسلم نكاح الأمة المسلمة الا بوجود الشرطين على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الاصحاب وهذا قول عامة أهل العلم لا نعلم بينهم فيه اختلافا قاله فى الشرح لقوله تعالى ﴿ ومن لم يستطع منكم طولا ﴾ الآية وقال فى التبصرة لا يحرم على المسلم نكاح الإماء المسلمات ولو عدم الشرطان أو احدهما انتهى . والصبر عنها مع ذلك خير وأفضل لقوله تعالى ﴿ وان تصبروا خير لكم ﴾ وقال مجاهد مما وسع الله على هذه الامة نكاح الامة وان كان موسرا وبه قال أبو حنيفة الا أن يكون تحته حرة

[فوائد] قوله ولا يجد طولا لنكاح حرة يشمل الحرة المسلمة والكتابية وهو كذلك وهو المذهب وعليه الأصحاب وهو ظاهر مذهب (*)

(الثانية) وجود الطول هو ان يملك مالا حاضرا على الصحيح من المذهب وفسر الامام الطول بالسعة وقال القاضى الطول ان لا يجد صداق حرة زاد ابن عقيل ولا نفقتها وهو اولى .

(الثالثة) اذا لم يملك مالا حاضرا ووجد من يقرضه أو رضيت الحرة بتاخير صداقها أو بدون مهرها لم يلزمه وجاز له نكاح الأمة جزم به فى المغنى والشرح واختاره القاضى وقدمه فى الفروع لأن عليه ضررا فى بقاء الدين فى ذمته

(الرابعة) قال المصنف وتبعه الشارح وذلك بشرط ان لا تجحف بماله فان اجحف بماله جاز له نكاح الأمة

(الخامسة) لو وجد حرة لا توطأ أو كانت زوجته غائبة جاز له نكاح الأمة على الصحيح من المذهب نص عليه

(٢) قوله « وان تزوجها الخ » اذا تزوجها ثم ايسر لم يبطل نكاحها على الصحيح من المذهب وهو مذهب الشافعى وكذا لو زال خوف العنت أو رجعت =

(*) كذا بالاصل وفي المغني والشرح وهو ظاهر مذهب الشافعى وهو الصواب

طولا لنكاح حرة أخرى فهل له نكاح أمة أخرى ؟ على روايتين[١] . قال الخرقي وله أن ينكح من الإماء أربعا إذا كان الشرطان فيه قائمين ، وللعبد نكاح الأمة ، وهل له أن ينكحها على حرة ؟ على روايتين . وان جمع بينهما فى عقد واحد جاز ويتخرج أن لا يجوز ، وليس له نكاح سيدته ، ولا للحر أن

= زوجته أو كبرت زوجته الصغيرة أو مرضت زوجته فعوفيت لان استدامة النكاح تخالف ابتداءه بدليل ان العدة والردة يمنعان ابتداءه دون استدامته وأما اذا تزوج على الأمة حرة صح وفى بطلان نكاح الأمة روايتان احداهما لا يبطل وهو الصحيح من المذهب وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء والشافعى واصحاب الرأى وروى معنى ذلك عن على ، والثانية ينفسخ نكاح الأمة وهو قول ابن عباس ومسروق واسحاق والمزنى ولنا ما روى عن على انه قال اذا تزوج الحرة على الأمة قسم للحرة ليلتين وللأمة ليلة

(١) قوله « وان تزوج حرة الخ » اذا تزوج حرة أو أمة فلم تعفه ولم يجد طولا لحرة فالصحيح من المذهب انه يجوز له ذلك اذا كان فيه الشرطان قائمين قال أحمد اذا خشى العنت تزوج اربعا اذا لم يصبر كيف يصنع ، وهذا قول الزهرى والحارث العكلى ومالك وأصحاب الرأى ، وعنه انه قال لايعجبنى الا ان يتزوج أمة واحدة يذهب الى حديث ابن عباس انه قال ان الحر لا يتزوج من الاماء الا واحدة وقرأ ﴿ ذلك لمن خشى العنت منكم ﴾ وبه قال قتادة والشافعى وابن المنذر والصحيح من المذهب انه لا ينكح الا امة واحدة الا اذا لم تعفه فان لم تعفه ولم يجد طولا لنكاح حرة فله نكاح أمة ثانية فان لم تعفه فله نكاح ثالثة فان لم تعفه فله نكاح رابعة فان كان تحته حرة فلم تعفه ففيها الروايتان أيضا مثل نكاح الأمة الأخرى فاذا كانت الحرة تعفه او الأمة فلا خلاف فى تحريم نكاح الأمة الأخرى فان نكح امتين فى عقد وهو يستعف باحداهما فنكاحهما باطل

على قوله « على روايتين » ۞ احداهما له ذلك وهى المذهب وهو قول مالك والشافعى والثانية لا يجوز وهو قول أصحاب الرأى لأنه يروى عن سعيد بن المسيب انه قال تنكح الحرة على الأمة ولا تنكح الأمة على الحرة

على قوله « جاز » ۞ هذا على القول بالجواز

على قوله « وليس له نكاح سيدته » ۞ اجماعا

يتزوج أمته ولا أمة ابنه ويجوز للعبد نكاح أمة ابنه .وان اشترى الحر زوجته انفسخ نكاحها ، وإن اشتراها ابنه فعلى وجهين ، ومن جمع بين محرمة ومحللة فى عقد واحد فهل يصح فيمن تحل ؟ على روايتين . ومن حرم نكاحها حرم وطئها بملك اليمين إلا إماء أهل الكتاب(١) .

على قوله « ولا للحر أن يتزوج أمته » ۞ بلا خلاف وكذا لو كان له بعضها لأن ملك الرقبة يفيد اباحة البضع فلا يجتمع مع عقد اضعف منه

على قوله « ولا امة ابنه » ۞ على الصحيح من المذهب لأن له فيه شبهة ملك لقوله ﷺ « انت ومالك لابيك » ويجوز للابن تزوج امة والده على الصحيح من المذهب

على قوله « ويجوز للعبد نكاح أمة ابنه » ۞ بلا نزاع لأن الرق قطع ولايته عن ابنه وكذا يجوز للمرأة نكاح عبد ولدها اذا كانت رقيقة

على قوله « فعلى وجهين » ۞ وهما روايتان احداهما ينفسخ وهو المذهب

على قوله « على روايتين » ۞ إحداهما وهى المذهب يصح

(١) قوله « وكل من حرم الخ » الكلام فى هذه المسئلة فى فصلين احدهما أن اماء أهل الكتاب حلال وهذا قول عامة أهل العلم الا الحسن . الثانى من حرم نكاح حرائرهم من المجوسيات وسائر الكوافر سوى أهل الكتاب لا يباح وطء الاماء منهن بملك اليمين وهذا قول اكثر أهل العلم واختار الشيخ تقى الدين جواز وطء إماء غير أهل الكتاب وذكره ابن أبى شيبة فى كتابه عن سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس وعمرو بن دينار لقوله تعالى ﴿ والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم ﴾ ولما روى أبو سعيد أن رسول الله ﷺ بعث يوم حنين بعثا قبل أوطاس فاصابوا لهم سبايا فكأن ناسا من أصحاب رسول الله ﷺ تحرجوا من غشيانهن من أجل ازواجهن من المشركين فانزل الله عز وجل فى ذلك ﴿ والمحصنات ﴾ الآية قال فهن لهم حلال اذا انقضت عدتهن . وعنه ان رسول الله ﷺ قال فى سبايا أوطاس « لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة » رواهما أبو داود وهم عبدة أوثان وهذا ظاهر فى أباحتهن ولأن الصحابة فى عصر النبى ﷺ كان اكثر سباياهم من كفار العرب وهم عبدة أوثان فلم يكونوا يرون تحريمهن لذلك =

فصل

ولا يحل نكاح خنثى مشكل حتى يتبين أمره نص عليه ، وقال الخرقي إذا قال أنا رجل لم يمنع من نكاح النساء ، ولم يكن له أن ينكح بغير ذلك بعد ، وإن قال أنا امرأة لم ينكح إلا رجلا فلو تزوج امرأة ثم قال أنا امرأة انفسخ نكاحه ، ولو زوج برجل ثم قال أنا رجل لم يقبل قوله في فسخ النكاح

= ولا نقل عن النبي ﷺ تحريمهن ولا أمر الصحابة باجتنابهن ، قال الشارح وهذا ظاهر في اباحتهن لولا اتفاق سائر أهل العلم على خلافه قال في الانصاف ولا يصح ادعاء الأجماع مع مخالفة هؤلاء انتهى يعني مخالفة من ذكرناهم في أول المسئلة

على قوله « وكل من حرم نكاحها حرم وطئها بملك اليمين الخ » قال ابن القيم في الهدى في أثناء كلامه على تحريم نكاح المحصنات من النساء الا ملك اليمين قال رحمه الله تعالى لما ذكر حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ بعث جيشا الى أوطاس فلقي عدوا فقاتلوهم فظهروا عليهم وأصابوا سبايا وكأن ناسا من أصحاب رسول الله ﷺ تحرجوا من غشيانهن من أجل أزواجهن من المشركين فانزل الله عز وجل في ذلك ﴿ والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم ﴾ أي فهن لكم حلال اذا انقضت عدتهن رواه مسلم قال فتضمن هذا الحكم اباحة وطء المسبية وان كان لها زوج من الكفار وهذا يدل على انفساخ نكاحه وزوال عصمة بضع امرأته وهذا هو الصواب لأنه قد استولى على محل حقه وعلى رقبة زوجته وصار سابيها أحق بها منه فكيف يحرم بضعها عليه فهذا القول لا نص ولا قياس والذين قالوا من أصحاب أحمد وغيرهم ان وطئها انما يباح اذا سبيت وحدها قالوا لأن الزوج يكون بقاؤه مجهولا والمجهول كالمعدوم فيجوز وطئها بعد الاستبراء فاذا كان الزوج معها لم يجز وطئها مع بقائه فاورد عليهم ما لو سبيت وحدها وتيقنا بقاء زوجها في دار الحرب فانكم تجوزون وطئها فأجابوا بما لا يجدي شيئا وقالوا الأصل لحاق الفرد بالأعم الأغلب فيقال لهم الأعم الأغلب بقاء أزواج المسبيات اذا سبين منفردات وموتهم كلهم نادر جدا . قال ودل هذا القضاء النبوي على جواز وطء الأماء الوثنيات بملك اليمين فان سبايا اوطاس لم يكن كتابيات ولم يشترط رسول الله ﷺ في وطئهن اسلامهن ولم يجعل المانع منه الا الاستبراء فقط وتأخير البيان عن وقت الحاجة ممتنع ومعه حديثو العهد =

باب الشروط فى النكاح[1]

وهى قسمان : صحيح مثل اشتراط زيادة فى المهر[2] أو نقد معين أو ان

= بالأسلام الذين يخفى عليهم حكم هذه المسئلة وحصول الأسلام من جميع السبايا وكانوا عدة آلاف بحيث لم يتخلف عن الأسلام جارية واحدة مما يعلم انه فى غاية البعد فانهن لم يكرهن على الأسلام ولم يكن لهن من البصيرة والرغبة والمحبة فى الأسلام ما يقتضى مبادرتهن اليه جميعا ، فمقتضى السنة وعمل الصحابة فى عهد رسول الله ﷺ وبعده جواز وطء المملوكات على أى دين كن وهذا مذهب طاوس وغيره وقواه صاحب المغنى فيه ورجح أدلته . ومما يدل على عدم اشتراط اسلامهن ما روى الترمذى فى جامعه عن عرباض بن سارية أن النبى ﷺ حرم وطء السبايا حتى يضعن مافى بطونهن فجعل للتحريم غاية واحدة وهى وضع الحمل ولو كان متوقفاً على الأسلام لكان بيانه أهم من بيان الأستبراء وفى السنن والمسند عنه «لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر ان يقع على امرأة من السبى حتى يستبرئها» ولم يقل حتى تسلم ولاحمد «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا ينكحن شيئا من السبايا حتى يحضن» ولم يقل وتسلم فلم يجىء عنه اشتراط اسلام المسبية فى موضع واحد البتة

(١) قوله «الشروط فى النكاح» محل الشروط المعتبرة فى هذا الباب محل ذكرها صلب العقد كأن يقول زوجتك ابنتى فلانة بشرط كذا وقال الشيخ تقى الدين وكذا لو اتفقا عليه قبل العقد فى ظاهر المذهب وقال هذا جواب أحمد فى مسائل الحيل لأن الأمر بالوفاء بالشروط والعقود والعهود يتناول ذلك تناولا واحدا قال الزركشى وهذا ظاهر اطلاق الخرقى وأبى الخطاب وأبى محمد وغيرهم وقال الشيخ تقى الدين فى فتاويه انه ظاهر المذهب ومنصوص أحمد وقول قدماء أصحابه ومحقق المتاخرين انتهى . قال فى الأنصاف وهو الصواب الذى لا شك فيه . قلت وقطع به فى الأقناع والمنتهى فيكون المذهب

[فائدة] لو وقع الشرط بعد العقد ولزومه فالمنصوص عن أحمد أنه لا يلزمه

(٢) قوله «مثل اشتراط الخ» هذا المذهب بلا ريب وعليه الأصحاب وهو من مفردات المذهب لما روى عقبة بن عامر مرفوعا قال ان احق الشروط ان توفوا به ما استحللتم به الفروج رواه الشيخان ولعمومات الامر بالوفاء بالعقود والعهود ولان الشارع حرم مال الغير الا عن تراض منه ولا شك ان المرأة لم ترض ببذل =

لايخرجها من دارها أو بلدها أولا يتزوج عليها ولا يتسرى ، فهذا صحيح لازم إن وفى به والا فلها الفسخ . وإن شرط لها طلاق ضرتها فقال أبو الخطاب هو صحيح ، ويحتمل أنه باطل لقول رسول الله ﷺ « لاتسأل المرأة طلاق أختها لتكتفىء مافى صحفتها ولتنكح ، فان لها ماقدر لها »(١)

فرجها الا بهذا الشرط ، مع ان الاثرم روى بأسناده ان رجلا تزوج امرأة وشرط لها دارها فاراد نقلها فخاصموه الى عمر فقال لها شرطها

[فوائد] اختار الشيخ تقى الدين صحة شرط ان لا يتزوج عليها أو ان تزوج عليها فلها تطليقها

(الثانية) ظاهر كلام الأمام أحمد صحة دفع كل واحد من الزوجين الى الآخر مالا على ان لا يتزوج أما الزوج مطلقا وأما الزوجة بعد موت زوجها ومتى لم يف بالشرط لم يستحق العوض

(الثالثة) لا يجب الوفاء بالشرط بل يسن فان لم يفعل فلها الفسخ بفعله لا بعزم والفسخ على التراخى ولا يسقط الا بما يدل على الرضا من قول أو تمكين منها مع العلم بفعله ما شرطت ان لا يفعله فان لم تعلم بعدم الوفاء ومكنته لم يسقط خيارها

على قوله « ولا يتسرى » * أو ان لا يفرق بينها وبين أبويها أو اولادها أو ترضع ولدها الصغير أو شرط لها بيع امته

على قوله « ولا يتسرى » * وان شرط عليه أن لا يتزوج ولا يتسرى عليها ففعل ثم قبل ان تفسخ طلق أو باع قال فى الاختيارات قياس المذهب انها لا تملك الفسخ .

(١) قوله « لا تسأل المرأة الخ » الحديث رواه البخارى من حـــديث أبى هريرة وصحح المؤلف أن هذا الشرط لا يصح وقال لم أره قاله أبو الخطاب لغيره قلت الذى اختاره اكثر الأصحاب ان هذا الشرط صحيح وجزم به المتأخرون فى كتبهم .

[فائدة] لا تلزم هذه الشروط الا فى النكاح الذى شرطت فيه فان بانت منه ثم تزوجها ثانيا لم يعد الشرط

فصل

القسم الثانى فاسد وهو ثلاثة أنواع : (أحدها) مايبطل النكاح وهو ثلاثة أشياء · أحدها نكاح الشغار . وهو أن يزوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته ولا مهر بينهما(١) ، فان سموا مهرا صح نص عليه(٢) ، وقال الخرقى لايصح(٣) . الثانى نكاح المحلل ، وهو أن يتزوجها على أنه إذا أحلها

[فائدة] لو شرطت ان لا تسلم نفسها مدة معينة لم يصح ذكره ابن عقيل فى المفردات وأبو الخطاب فى الأنتصار وقال الشيخ تقى الدين قياس المذهب صحته كاشتراط تأخير التسليم فى البيع والأجارة وكما لو شرطت ان لا يخرجها من دارها

(١) قوله « وهو أن يزوجه وليته الخ » سمى شغارا لقبحه تشبيها برفع الكلب رجله ليبول يقال شغر الكلب اذا فعل ذلك ، وقيل هو البعد كأنه بعد عن طريق الحق . وقال الشيخ تقى الدين الأظهر انه من الخلو يقال شغر المكان اذا خلا ومكان شاغر اى خال وشغر الكلب اذا رفع رجله لأنه اخلى ذلك المكان من رجله . وهو نكاح باطل لما روى نافع عن ابن عمر أن النبى ﷺ نهى عن الشغار والشغار ان يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق متفق عليه وأبو داود جعل تفسيره من كلام نافع ، وعن ابن عمر مرفوعا قال « لا شغار فى الأسلام» رواه مسلم وروى نحوه من حديث عمران بن حصين وانس وجابر فالنهى يدل على الفساد والنهى لنفى الحقيقة الشرعية ، ويؤيده فعل الصحابة قال أحمد روى عن عمر وزيد انهما فرقا فيه ، وعنه يصح العقد ويفسد الشرط فعليه لها مهر المثل

(٢) قوله « فان سموا الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب لحديث ابن عمر اذ التفسير ان كان من النبى ﷺ فظاهر وان كان من نافع فهو راوى الحديث وقد فسره بما لا يخالف ظاهره فيتبع

(٣) قوله « وقال الخرقى الخ » وحكاه فى الجامع رواية لما روى عبد الرحمن ابن هرمز الاعرج ان العباس بن عبد الله بن العباس انكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته وانكحه عبد الرحمن ابنته وقد كانا جعلا صداقا فكتب معاوية الى مروان ابن الحكم يأمره بالتفريق بينهما وقال : هذا الشغار الذى نهى عنه النبى ﷺ رواه =

طلقها[1] فان نوى ذلك من غير شرط لم يصح أيضا فى ظاهر المذهب[2] ،

= أحمد وأبو داود وجوابه بان أحمد ضعفه من قبل ابن اسحاق وبأنه يحمل على انهما جعلا صداقا قليلا حيلة .

[تنبيه] مراده بقوله فان سموا مهرا صح أن يكون المهر مستقلا غير قليل ولا حيلة نص عليه وقيل يصح ان كان مهر المثل والا فلا فعلى المذهب لو سمى لاحداهما مهر ولو يسم للأخرى شيء فسد نكاح من لم يسم لها صداق لا غير قال المصنف والشارح هذا أولى وقال أبو بكر يفسد فيهما وجزم به فى الرعاية الصغرى

(١) قوله « الثانى نكاح المحلل الخ » الصحيح من المذهب ان نكاح المحلل باطل مع شرطه نص عليه وعليه الأصحاب وهو قول اكثر العلماء لما روى ابن مسعود قال «لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له » رواه أحمد والنسائى والترمذى وصححه وعن على مثله رواه الخمسة الا النسائى وعن أبى هريرة كذلك رواه أحمد وعن عقبة بن عامر قال قال رسول الله ﷺ « ألا أخبركم بالتيس المستعار قالوا بلى يارسول الله قال هو المحلل لعنه رسول الله ﷺ » رواه ابن ماجه وهو عليه السلام لا يلعن على فعل جائز فدل ذلك على تحريمه وفساده وعن جابر قال سمعت عمر يخطب وهو يقول والله انى لا أوتى بمحلل ولا محلل له الا رجمتهما رواه الأثرم وهو قول الفقهاء من التابعين وعنه يصح العقد ويبطل الشرط

(٢) قوله « فان نوى ذلك الخ » هذا المذهب اذا لم يرجع عند العقد لعموم المذهب فلو شرط عليه قبل العقد ان يحلها ثم نوى عند العقد غير ما شرطوا عليه وأنه نكاح رغبة صح قاله المصنف وغيره ، وعلى هذا يحمل حديث ذى الرقعتين وهو ما روى أبو حفص باسناده عن محمد بن سيرين قال : قدم مكة رجل ومعه إخوة له صغار وعليه إزار من بين يديه رقعة ومن خلفه رقعة فسأل عمر فلم يعطه شيئا فبينما هو كذلك اذ نزغ الشيطان بين رجل من قريش وبين امرأته فطلقها ثلاثا فقال هل لك ان تعطى ذا الرقعتين شيئا ويحلك لى ؟ قالت نعم إن شئت فاخبروه بذلك قال نعم فتزوجها فدخل بها ، فلما أصبحت أدخلت اخوته الدار ، فجاء القرشى يحوم حول الدار وقال ياويله غلب على امرأته فاتى عمر فقال يا أمير المؤمنين غلبت على امرأتى قال من غلبك قال ذو الرقعتين قال أرسلوا إليه فلما جاءه الرسول قالت =

وقيل يكره ويصح . الثالث نكاح المتعة ، وهو أن يتزوجها إلى مدة[١] . ونكاح شرط فيه طلاقها فى وقت[٢] أو علق ابتداءه على شرط[٣] كقوله زوجتك إذا

= له المرأة كيف موضعك من قومك قال ليس بموضعى بأس قالت ان أمير المؤمنين يقول لك طلق امرأتك فقل لا والله لا أطلقها فانه لا يكرهك فالبسته حلة فلما رآه عمر من بعيد قال الحمد لله الذى رزق ذا الرقعتين فدخل عليه فقال أتطلق امرأتك فقال لا والله لا اطلقها فقال عمر لو طلقتها لأوجعت رأسك بالسوط ورواه أيضا سعيد بسنده بنحو من هذا

(١) قوله « وهى أن يتزوجها الى مدة » أى سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة وهذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب مثل أن يقول زوجتك ابنتى سنة أو شهرا أو الى انقضاء الموسم أو قدوم الحاج لما روى عن على رضى الله عنه « أن النبى ﷺ نهى عن نكاح المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية » متفق عليه وروى الربيع بن سبرة أنه قال اشهد على أبى أنه حدث أن رسول الله ﷺ نهى عنه فى حجة الوداع وفى لفظ أن رسول الله ﷺ حرم متعة النساء رواه أبو داود الى غير ذلك من الآثار وعنه يكره ويصح

[فائدة] لو نوى بقلبه فهو كما لو شرطه على الصحيح من المذهب نص عليه وعليه الأصحاب نقل أبو داود فيما هو شبيه بالمتعة لا حتى يتزوجها على أنها امرأته ما حييت وقيل يصح وجزم به فى المغنى والشرح وقالا هذا قول عامة أهل العلم الا الأوزاعى كما لو نوى ان وافقته والا طلقها قال الشيخ تقى الدين لم أر أحدا من الأصحاب قال لا بأس به وما قاس عليه لا ريب أنه موجب العقد بخلاف ما تقدم فانه ينافيه لقصده التوقيت

على قوله «وهى أن يتزوجها الى مدة» أو يقول امتعينى نفسك فتقول امتعتك نفسى لا بولى ولا شاهد

(٢) قوله « ونكاح الخ » هذا الصحيح من المذهب سواء كان معلوماً أو مجهولا لانه شرط مانع من بقاء النكاح وعنه يصح العقد دون الشرط

(٣) قوله « أو علق ابتداءه الخ » هذا الصحيح من المذهب لان النكاح عقد معاوضة فيبطل تعليقه على شرط كالبيع وعنه يصح قال الشيخ تقى الدين ذكر القاضى =

جاء رأس الشهر أو ان رضيت أمها فهذا كله باطل من أصله . (النوع الثانى) أن يشترط أنه لامهر لها ولا نفقة[١] أو يقسم لها أكثر من امرأته الاخرى أو أقل فالشرط باطل ويصح النكاح . (الثالث) أن يشترط الخيار[٢] أو إن جاءها بالمهر فى وقت وإلا فلا نكاح بينهما فالشرط باطل وفى صحة النكاح روايتان .

= وغيره روايتين والأنص من كلامه جوازه قال ابن رجب ورواية الصحة أقوى واختاره صاحب الفائق وقال فيه نصره شيخنا

على قوله « فهذا كله باطل من أصله » ﴿ فعلى هذا يفسخ الحاكم النكاح لأنه مختلف فيه ولا شيء عليه من المهر ان لم يدخل وان دخل بها فعليه مهر المثل وان كان فيه مهر مسمى

(١) قوله « النوع الثانى الخ » هذا المذهب وقيل يبطل النكاح قال الشيخ تقى الدين ويحتمل صحة شرط عدم النفقة قال لاسيما إذا قلنا انه اذا اعسر الزوج ورضيت به انها لاتملك المطالبة بعد واختار فيما إذا شرط ان لا مهر فساد العقد وانه قول اكثر السلف واختار أيضا الصحة فيما إذا شرط عدم الوطء كشرط ترك ما يستحقه وقال أيضا لو شرطت مقام ولدها عندها ونفقته على الزوج كان مثل اشتراط الزيادة فى الصداق ويرجع فى ذلك إلى العرف كالأجير بطعامه وكسوته

على قوله « فالشرط باطل ويصح النكاح » ﴿ أو شرط أن يعزل عنها أو ان لا يكون عندها فى الجمعة الا ليلة أو ان لاتسلم نفسها اليه أو بعد مدة معينة أو ان يسافر بها إذا أرادت الانتقال أو يسكن بها حيث شاءت أو شاء أبوها أو غيره أو تستدعيه إلى الجماع فى وقت حاجتها أو شرط لها النهار دون الليل أو ان تنفق عليه أو تعطيه شيئا صح العقد وبطل الشرط

(٢) قوله « الثالث الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب ويصح العقد على المذهب أيضا واختار الشيخ تقى الدين صحة العقد والشرط فيما اذا شرط الخيار وقال ابن المنذر قال أحمد واسحاق اذا تزوجها على انه إن جاءها بالمهر فى وقت كذا والا فلا نكاح بينهما الشرط باطل والعقد جائز وهو قول عطاء والثورى وأبى حنيفة والاوزاعى

فصل

فان تزوجها على أنها مسلمة فبانت كتابية فله الخيار، وإن شرطها كتابية فبانت مسلمة فلا خيار له . وقال أبو بكر له الخيار، وان شرطها أمة فبانت حرة فلا خيار له، وان شرطها بكرا أو جميلة أو نسيبة أو شرط نفي العيوب التي لاينفسخ بها النكاح فبانت بخلافه فهل له الخيار؟ على وجهين[١]. وإن تزوج أمة يظنها حرة فأصابها وولدت منه فالولد حر[٢] ويفديهم بمثلهم يوم ولادتهم ويرجع بذلك على من غره ويفرق بينهما ان لم يكن ممن يجوز له نكاح الإماء[٣]، وإن كان ممن يجوز له ذلك فله الخيار، فان رضي بالمقام معها فما

على قوله « فبانت مسلمة فلا خيار له » ۞ هذا المذهب

على قوله « فبانت حرة فلا خيار له » ۞ هذا المذهب وعليه الجمهور وقيل له الخيار وكذا الحكم في كل صفة شرطها فبانت أعلا منها

(١) قوله « وان شرطها بكرا الخ » وهما روايتان إحداهما له الخيار وهو الصحيح من المذهب واختاره الشيخ تقي الدين قال في الأنصاف وهو الصواب

(٢) قوله « وان تزوج أمة الخ » الكلام في هذه المسئلة (۞) أحدها ان نكاح الغرور لايفسد وهو قول أبي حنيفة . الثاني ان أولاده منها أحرار بغير خلاف نعلمه . الثالث ان على الزوج فداء أولاده وهو المذهب كذلك قضى عمر وعلي وابن عباس وهو قول مالك والثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الراى . وعنه ليس عليه فداؤهم لأنهم ينعقدون احرار الأصل . الرابع ان فداءهم يوم ولادتهم وهذا المذهب قضى به عمر وعلي وابن عباس وهو قول الشافعي

على قوله « يظنها حرة » ۞ او شرطها حرة فبانت امة

على قوله « ويرجع بذلك على من غره » ۞ وكذا المهر فان كان الغرور من السيد عتقت وان كان بلفظ غير هذا لم يثبت الحرية فلا شيء له لأنه لافائدة في ان يجب له مايرجع به عليه

(٣) قوله « ويفرق بينهما الخ » اى فيكون العقد فاسدا على المذهب ولا مهر ــ

(۞) كذا بالأصل ولعله « الكلام في هذه المسئلة في فصول » كما في الشرح الكبير

ولدت بعد ذلك فهو رقيق، وإن كان المغرور عبدا فولده أحرار [١] ويفديهم إذا عتق ويرجع به على من غره، وإن تزوجت رجلا على أنه حر أو تظنه حرا فبان عبدا فلها الخيار [٢]

= فيه إن كان قبل الدخول، وإن دخل بها فعليه مهرها. وهل يجب المسمى أو مهر المثل؟ على روايتين. فالصحيح من المذهب انه يجب المسمى ويرجع به على من غره وكذلك ان كان ممن يجوز له نكاح الإماء لكن تزوجها بغير اذن سيده او نحو ذلك مما يفسد به النكاح

على قوله « فله الخيار » * بان اجتمعت فيه الشروط وهذا المذهب وهذا ظاهر مذهب الشافعي وقال ابو حنيفة لاخيار له لأن الكفاءة لا تعتبر فى جانب المرأة

(١) قوله « وان كان عبدا الخ » أى فيثبت له الخيار فان اختار الإقامة فالمهر واجب لايرجع به على أحد وان اختار الفسخ قبل الدخول فلا مهر وان كان بعده والنكاح باذن سيده فالمهر واجب عليه يرجع به على من غره وان دخل بها ففى قدر ما يجب وجهان أحدهما مهر المثل والثانى المسمى

على قوله « ويفديهم اذا عتق » * ويثبت له الخيار كالحر الذى يحل له نكاح الإماء

على قوله « إذا عتق » * ويكون الفداء متعلقا بذمته وهذا المذهب وقال أبو حنيفة ولده رقيق لأن أباه رقيق

(٢) قوله « تظنه حرا الخ » اى فيكون النكاح صحيحاً ويثبت لها الخيار وهو قول ابى حنيفة والشافعى (*) وهذا إذا كملت الشروط وكان بإذن سيده وإن كانت المرأة حرة وقلنا الحرية ليست من شروط الكفاءة وان فقد الكفاءة لا يبطل النكاح فهو صحيح وللمرأة الخيار بين الفسخ والإمضاء فان اختارت إمضاءه فلأوليائها الاعتراض عليها لعدم الكفاءة وان كانت أمة فينبغي أن يكون لها الخيار أيضا لأنه لما ثبت الخيار للعبد اذا غر بأمة ثبت للأمة إذا غرت بعبد وكل موضع حكمنا بفساد العقد فيه ففرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها وان كان بعده فلها مهر المثل أو المسمى على ماتقدم من الاختلاف وكل موضع فسخ النكاح مع القول بصحته قبل الدخول فلا شيء لها وان كان بعده فلها المسمى

(*) كذا بالأصل وفى الشرح الكبير واحد قولى الشافعي

فصل

فان عتقت الأمة وزوجها حر فلا خيار لها فى ظاهر المذهب(١)، وان كان عبدا فلها الخيار فى فسخ النكاح(٢)، ولها الفسخ بغير حكم حاكم، فان أعتق قبل فسخها أو أمكنته من وطئها بطل خيارها(٣)، فان ادعت الجهل

[فائدة] لو ابيح للحر نكاح امة فنكحها ولم يشرط حرية اولاده فهم ارقاء للسيد على الصحيح من المذهب وعنه أن ولد العربى يكون حرا وعلى ابيه فداؤه

(١) قوله « وان عتقت الأمة الخ » وهو المذهب المنصوص وعليه جماهير الأصحاب وهو قول ابن عمر وابن عباس والا كثر ، وعنه لها الخيار قدمها فى المحرر واختار الشيخ تقى الدين وغيره أن لها الفسخ تحت حر وإن كان زوج بريرة عبدا لأنها ملكت رقبتها فلا تملك عليها إلا باختيارها ووجه هذه الرواية ماروى احمد وأبو داود والترمذى وغيرهم عن الأسود عن عائشة ان النبى ﷺ خير بريرة وكان زوجها حرا وجوابه بانها كافأت زوجها فى الكمال فلم يثبت لها خيار كما لو اسلمت الكتابية تحت مسلم وعن الخبر بأن ابن عباس قال كان زوج بريرة عبدا رواه البخارى وروى مسلم من حديث القاسم وعروة عن عائشة ان بريرة كان زوجها عبدا وقالت لوكان حرا لم يخيرها النبى ﷺ قال البخارى قول الأسود منقطع ثم عائشة عمة القاسم وخالة عروة فروايتهما عنها اولى من رواية اجنبى يسمع من وراء حجاب

(٢) قوله « وان كان عبدا الخ » وذلك بالاجماع لحديث بريرة ولها الفسخ بغير حكم حاكم بلا نزاع وان رضيت بالمقام فلا لأنها اسقطت حقها فان عتق بعضها فلا خيار لها على المذهب وعنه بلى ويكون الفسخ على التراخى مالم ترض به لأنه فسخ مجمع عليه غير مجتهد فيه كالرد بالعيب فان اختارت الفراق كان فسخا وليس بطلاق فى قول الجمهور قال احمد الطلاق ماتكلم به فعلى هذا لو قالت اخترت نفسى اوفسخت النكاح انفسخ ولو قالت طلقت نفسى ونوت المفارقة كان كناية فى الفسخ

(٣) قوله « فان اعتق الخ » إذ اعتق قبل فسخها سقط خيارها على الصحيح من المذهب لأنه انما كان بدفع الضرر بالرق وقد زال بعتقه فسقط كالمبيع اذا زال عيبه واما اذا امكنته من وطئها بطل خيارها ايضا وهو المذهب روى عن ابن عمر وحفصة رواه مالك ولقوله عليه الصلاة والسلام فان قربك فلا خيار لك رواه ابو

بالعتق وهو مما يجوز جهله أو الجهل بملك الفسخ فالقول قولها[١]، وقال الخرقى يبطل خيارها علمت أو لم تعلم[٢] ، وخيار المعتقة على التراخى مالم يوجد منها ما يدل على الرضا[٣] ، فان كانت صغيرة أو مجنونة فلها الخيار إذا بلغت وعقلت[٤] وليس لوليها الاختيار عنها ، فان طلقت قبل اختيارها وقع

═ داود والدارقطنى باسناد حسن وسواء علمت بالخيار او لا وهو المذهب وذكر القاضى ان لها الخيار إذا لم تعلم

(١) قوله « وان ادعت الجهل الخ » أى اذا امكنته من نفسها مختارة وادعت الجهل بالعتق وهى ممن يجوز خفاء ذلك عليها مثل ان يعتقها وهو فى بلد آخر أوادعت الجهل بملك الفسخ فقدم المصنف هنا قبول قولها ولكن مع يمينها ولها الخيار وهو احدى الروايتين

(٢) قوله « وقال الخرقى الخ » وهذا المذهب نص عليه فى رواية الجماعة فيهما لقول حفصة لامرأة عتقت تحت عبد امرك بيدك مالم يمسك فان مسك فليس لك من الأمرشىء رواه مالك ولانه خيار عيب فيسقط بالتصرف فيه مع الجهالة كخيار الرد بالعيب

[فوائد] حكم مباشرته لها حكم وطئها وكذا تقبيلها او مناطها مايدل على الرضا

(الثانية) يجوز للزوج الاقدام على الوطء إذا كانت غير عالمة

(الثالثة) لو بذل الزوج لها عوضا على ان تختاره جاز نص عليه

(الرابعة) قال الشيخ تقى الدين لو شرط المعتق عليها دوام النكاح تحت حر او عبد إذا اعتقها فرضيت لزمها ذلك قال ويقتضيه مذهب احمد فانه يجوز العتق بشرط

(٣) قوله « وخيار المعتقة الخ » اى بلا خلاف فى ذلك ويأتى خيار العيب هل هو على التراخى او الفور وبه قال ابن عمر وحفصة والاوزاعى والزهرى قال ابن عبد البر لا اعلم لهما فى الصحابة مخالفاً

(٤) قوله « فان كانت صغيرة الخ » ظاهر كلام المصنف انه ليس لها خيار قبل البلوغ وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب لانه لاعقل لها ولا قول معتبر وقيل لها الخيار اذا بلغت تسعاً وهو المذهب وقال ابن عقيل اذا بلغت سبعاً وقال الشيخ ═

الطلاق[١] ، وان عتقت المعتدة الرجعية فلها الخيار[٢] ، فإن رضيت بالمقام فهل يبطل خيارها ، على وجهين[٣] . ومتى اختارت المعتقة الفرقة بعد الدخول فالمهر للسيد[٤] وإن كان قبله فلا مهر[٥] . وقال أبو بكر : لسيدها نصف المهر . وإن أعتق أحد الشريكين وهو معسر فلا خيار لها[٦] ، وقال أبو بكر لها الخيار . وإن أعتق الزوجان معا فلا خيار لها[٧] ، وعنه ينفسخ

= تقي الدين اعتبار صحة اذنها بالتسع والسبع ضعيف لأن هذا ولاية استقلال وولاية الاستقلال لا تثبت الا بالبلوغ كالعفو عن القصاص والشفعة وكالبيع بخلاف ابتداء العقد فانه يتولاه الولي باذنها فتجتمع الولايتان وبينهما فرق . انتهى

(١) قوله « فان طلقت الخ » يعني اذا كان طلاقا بائنا وهذا المذهب لأنه طلاق من زوج في نكاح صحيح

(٢) قوله « وان عتقت المعتدة الخ » هذا بلا نزاع سواء عتقت ثم طلقت أو طلقت ثم عتقت لأن نكاحها باق ولها في الفسخ فائدة لأنها لا تأمن رجعته فان قيل تنفسخ حينئذ فتحتاج الى عدة أخرى واذا فسخت في العدة بنت على عدة حرة

(٣) قوله « فان رضيت الخ » أحدهما يسقط وهو المذهب لأنها رضيت بالمقام مع جريانها الى البينونة وذلك ينافي الاختيار

(٤) قوله « ومتى اختارت الخ » بلا نزاع سواء كان مسمى أو مهر المثل ان لم يكن مسمى

(٥) قوله « وان كان قبله الخ » هذا المذهب نص عليه لان الفرقة كانت من قبلها فهو كما لو أسلمت او ارتدت وأرضعت من يفسخ نكاحها

(٦) قوله « وان اعتق الخ » هذا الصحيح من المذهب نص عليه لانه لا نص فيها ولا يصح قياسها على المنصوص

[فائدة] لو عتقت الامة وزوجها بعضه حر معتق فلا خيار لها قدمه في الفروع وقيل لها الخيار جزم به في الترغيب والرعاية الكبرى فلو عتق بعضها والزوج معتق بعضه فلا خيار لها على الصحيح

(٧) قوله « وان اعتق الزوجان الخ » يعني اذا قلنا لا خيار للمعتقة تحت حر وهذا المذهب وسواء اعتقهما واحد أو اثنان نص عليه لأن حرية العبد لو طرأت بعد عتقها لمنعت الفسخ فاذا قارنت كان أولى

نكاحهما .

باب حكم العيوب فى النكاح

العيوب المثبتة للفسخ ثلاثة أقسام ، أحدها مايختص بالرجال وهو شيئان[١]: أحدها أن يكون الرجل مجبوبا قد قطع ذكره أو لم يبق منه الا مالا يمكن الجماع به ، فان اختلفا فى امكان الجماع بالباقى فالقول قولها[٢] ويحتمل ان القول قوله . الثانى أن يكون عنينا لايمكنه الوطء[٣] ، فان اعترف بذلك

[فائدة] يستحب لمن له عبد وامة متزوجان البداءة بعتق الرجل لئلا يثبت للمرأة الخيار عليه فينفسخ نكاحه

(١) قوله « احدها مايختص الرجال الخ » الكلام فى ذلك فى أربعة فصول أحدها ان خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين للعيب يجده فى الآخر فى الجملة روى ذلك عن عمر وابنه وابن عباس وبه قال جابر بن زيد والشافعى واسحاق وروى عن على لاترد الحرة بعيب وبه قال النخعى والثورى وأصحاب الرأى الثانى فى عدد العيوب المجوزة للفسخ وهى ثمانية اثنان يختصان الرجل وهما الجب والعنة وثلاثة تختص المرأة وهى الفتق والقرن والعفل وثلاثة يشترك فيهما الزوجان وهى الجذام والجنون والبرص

(٢) قوله « فان اختلفا الخ » المذهب ان القول قولها وعليه جماهير الأصحاب لأنها تدعى شيئاً يعضده الحال

على قوله « ويحتمل القول قوله » ٭ ومحله مالم تكن بكرا وهو واضح

(٣) قوله « الثانى الخ » العنين هو العاجز عن الوطء وربما اشتهاه ولا يمكنه مشتق من عن الشيء اذا عرض وتستحق به المرأة الفسخ بعد أن يضرب له فيها مدة يختبر فيها ويعلم حاله وهو قول عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة بن شعبة وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار والنخعى وقتادة وحماد وعليه فتوى فقهاء الأمصار منهم مالك وأبو حنيفة وأصحابه والثورى والأوزاعى والشافعى واسحاق وأبو عبيد وشذ الحكم بن عتيبة وداود فقالا لايؤجل وهى امرأته وروى عن على

أجل سنة منذ ترافعه[١] ، فان وطىء فيها والا فلها الفسخ ، فان اعترفت أنه وطئها مرة بطل كونه عنينا [٢] ، وان وطئها فى الدبر أو وطىء غيرها لم تزل

---

(١) قوله « فان اعترف بذلك الخ » اذا اعترف بالعنة أوقامت بينة بها أجل سنة على الصحيح من المذهب نص عليه وهذا قول عامة أهل العلم ورواه الدارقطنى عن عمر وابن مسعود والمغيرة ولا مخالف لهم ورواه ابو حفص عن على قال ابن عبد البر على هذا جماعة القائلين بتأجيله

على قوله « فان اعترف بذلك » ٭ مفهومه انه اذا لم يعترف لم يؤجل مالم تقم بينة وهو صحيح وهو المذهب

على قوله « منذ ترافعه » ٭ واختار جماعة من الأصحاب ان لها الفسخ فى الحال منهم أبو بكر فى التنبيه والمجد فى المحرر

(٢) قوله « فان اعترفت الخ » هذا قول اكثر أهل العلم منهم عطاء ، وطاوس والحسن ويحيى الأنصارى والزهرى وعمرو بن دينار وقتادة ومالك والاوزاعى والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأى وقال أبو ثور اذا عجز عن الوطء أجل لأنه عجز عن وطئها فثبت حقها ولنا انه قد تحققت قدرته على الوطء فى هذا النكاح وزوال عنته فلم يضرب له مدة كما لو لم يعجز

[فوائد] لو اعتزلت المرأة الرجل لم يحتسب عليه من المدة ولو عزل نفسه عنها وسافر احتسب عليه ذلك

(الثانية) يكفى فى زوال العنة تغييب الحشفة على الصحيح من المذهب وعليه اكثر الأصحاب وقيل يشترط ايلاجه جميعه قطع به القاضى فى الجامع فعلى الأول يكفى قدر تغيبها من الذكر المقطوع

(الثالثة) اذا علم أن عجزه عن الوطء لعارض من صغر او مرض مرجو الزوال لم يضرب له مدة وان كان لكبر أو مرض لايرجى برؤه ضربت

(الرابعة) اذا كان لجب أو شلل ثبت الخيار فى الحال لأن الوطء مأيوس منه

على قوله « بطل كونه عنينا » ٭ وسواء وطئها فى الحيض أو الإحرام وغيرها وهو المذهب

العنة[١] ويحتمل ان تزول ، فان ادعى أنه وطئها وقالت إنها عذراء وشهد بذلك امرأة ثقة فالقول قولها والا فالقول قوله[٢] ، فان كانت ثيبا فالقول قوله[٣] . وعنه القول قولها . وقال الخرقى يخلى معهما فى بيت ويقال له أخرج ماءك على شيء فان ادعت أنه ليس بمنى جعل على النار فان ذاب فهو منى وبطل قولها[٤] .

فصل

(القسم الثانى) يختص النساء ، وهو شيئان : الرتق وهو كون الفرج مسدودا لا مسلك للذكر فيه ، وكذلك القرن والعفل ؛ وهو لحم يحدث فيه يسده ، وقيل القرن عظم والعفل رغوة تمنع لذة الوطء . الثانى الفتق وهو انخراق مابين السبيلين ، وقيل انخراق مابين مخرج البول والمنى .

فصل

(القسم الثالث) مشترك بينهما وهو الجذام والبرص والجنون سواء كان مطبقا أو يختق فى الاحيان ، فهذه الأقسام يثبت بها خيار الفسخ رواية واحدة

---

(١) قوله « وان وطئها فى الدبر الخ » هذا المذهب لأن الدبر ليس محلا للوطء أشبه ما لو وطيء دون الفرج

(٢) قوله « وإن ادعى انه وطئها الخ » الصحيح من المذهب انه يكفى شهادة امرأة ثقة كالرضاع وعليه الأصحاب فعلى هـذا يؤجل وبه قال الثورى والشافعى واسحاق وأصحاب الرأى.

(٣) قوله « وان كانت ثيبا الخ » هذا احدى الروايات اختاره المصنف والشارح وغيرهما وبه قال الثورى والشافعى وأصحاب الرأى لان هذا تتعذر اقامة البينة عليه فقيل قوله مع يمينه وعنه القول قولها وهو المذهب مع يمينها لان الاصل عدم الاصابة واليقين معها

(٤) قوله « وقال الخرقى الخ » هذا رواية عن أحمد واختاره القاضى وأصحابه اذ بذلك يظهر صدقه أوصدقها اذ الغالب أن العنين لاينزل فمع الانزال يغلب على الظن كذبها

فصل

واختلف أصحابنا فى البخر وهو نتن الفم(١)، وقال ابن حامد نتن فى الفرج يثور عند الوطء واستطلاق البول والنجو والقروح السيالة فى الفرج والباسور والناسور والخصاء وهو قطع الخصيتين والسَّل وهو سل البيضتين والوجاء وهو رضهما وفى كونه خنثى وفيما إذا وجد أحدهما بصاحبه عيبا به مثله أو حدث به العيب بعد العقد هل يثبت الخيار ؟ على وجهين . فان علم بالعيب

---

(١) قوله « واختلف أصحابنا الخ » أحدهما لايثبت الخيار لان ذلك لايمنع من الاستمتاع ولا يخشى تعديه فلم يثبت به خيار كالعمى والعرج والوجه الثانى له الخيار وهو الصحيح فى ذلك كله وقد روى أبو عبيد باسناده عن سليمان بن يسار ان ابن سند تزوج امرأة وهو خصى فقال له عمر أعلمتها ؟ قال لا ، قال : أعلمها ثم خيرها

[فائدة] ظاهر كلام المصنف ان ماعدا ماذكره لايثبت به خيار ، وكذا قال الشارح فانه قال وماعدا هذه من العيوب لا يثبت الخيار وجها واحدا كالقرع والعمى والعرج وقطع اليدين والرجلين لانه لايمنع الاستمتاع ولا يخشى تعديه ولا نعلم بين أهل العلم فى هذا خلافا انتهى . واطلق فى الفروع فى ثبوت الخيار بالاستحاضة والقرع فى الرأس اذا كان له ريح منكرة وجهين قال الشيخ تقى الدين يثبت الفسخ بالاستحاضة فى اظهر الوجهين قال فى الانصاف وهو الصواب وألحق ابن رجب بالقرع روائح الابط المنكرة التى تثور عند الجماع واجرى فى الموجز الخلاف فى بول الكبير فى الفراش واختار ابن عقيل فى الفصول ثبوت الخيار بنضو الخلق واختار ابن حمدان ثبوت الخيار فيما اذا كان الفرج صغيراً والذكر كبيرا وعن أبى البقا العكبرى فى ثبوت الخيار بكل عيب يرد به المبيع وقال ابو البقا لو ذهب ذاهب الى ان الشيخوخة فى احدهما تفسخ به لم يبعد وقال ابن القيم فى الهدى فيمن به عيب كقطع يد او رجل او عمى او خرس او طرش وكل عيب نفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الود والرحمة يوجب الخيار وانه اولى من البيع وانما ينصرف الاطلاق الى السلامة فهو كالمشروط عرفا انتهى . قال فى الانصاف وماهو ببعيد وفى معناه ان لم يكن دخل فى كلامه من عرف بالسرقة ونقل ابن منصور اذا كان عقيما اعجب الى ان يبين

وقت العقد أو قال قد رضيت به معيبا أو وجد منه دلالة تدل على الرضا من وطء أو تمكين مع العلم بالعيب فلا خيار له[١] ، ولايجوز الفسخ الا بحكم حاكم[٢] فان فسخ قبل الدخول فلا مهر[٣] ، وان فسخ بعده فلها المهر المسمى[٤] ، وقيل عنه مهر المثل ويرجع به على من غره من المرأة والولى[٥]. وعنه لايرجع .

---

(١) قوله « وان علم بالعيب الخ » هذا بلا خلاف فى العلم بالعيب او الرضا به واما التمكين فيأتى

[فائدة] اذا حدث العيب بعد العقد ففيه وجهان أحدهما يثبت الخيار وهو ظاهر الخرقى والثانى لايثبت وهو قول ابى بكر وابن حامد ومذهب مالك والصحيح الاول

[تنبيه] خيار العيب على التراخى على الصحيح من المذهب فلا يبطل الا بما يدل على الرضا من الوطء والتمكين مع العلم بالغيب او يأتى بصريح الرضا وذكر القاضى انه على الفور وهو مذهب الشافعى فتى اخر الفسخ مع الامكان بطل خياره

(٢) قوله « ولايجوز الفسخ الخ » اى فيفسخ بنفسه او يرده الى من له الخيار على الصحيح من المذهب لانه مجتهد فيه فهو كفسخ العنة والاعسار بالنفقة ويخالف خيار المعتقة فانه متفق عليه وقال الشيخ تقى الدين ليس هو الفاسخ وانما ياذن ويحكم فتى أذن او حكم لاحد باستحقاق عقد او فسخ لم يحتج بعد ذلك إلى حكم بصحته بلا نزاع لكن لو عقد هو أو فسخ فهو فعله فيه الخلاف وان عقد المستحق او فسخ بلا حكم فامر مختلف فيه فيحكم بصحته وقال فى القاعدة الثالثة والستين ورجح الشيخ تقى الدين ان جميع الفسوخ لاتتوقف على حاكم

(٣) قوله « فان فسخ قبل الدخول الخ » هذا الصحيح من المذهب وبه قال الشافعى وسواء كان من الزوج او الزوجة

(٤) قوله « وان فسخ الخ » الصحيح من المذهب ان لها المهر المسمى لأنه يجب بالعقد ويستقر بالدخول وقال الشافعى الواجب مهر المثل

(٥) قوله «ويرجع بذلك الخ » وكذلك الوكيل وهذا المذهب وعنه لايرجع قال الشارح قال شيخنا والصحيح ان المذهب رواية واحدة انه يرجع فان أحمد قال =

فصل

وليس لولى صغيرة ولا مجنونة ولا سيد أمة تزويجها معيبا[١] ، ولا لولى كبيرة تزويجها بغير رضاها[٢]، فان اختارت الكبيرة نكاح مجبوب أو عنين لم يملك منعها [٣] ، وان اختارت نكاح مجنون أو مجذوم أو أبرص فله منعها فى

=كنت اذهب الى قول على فهبته فملت إلى قول عمر اذا تزوجها فوجد جذاماً أو برصاً فان لها صداقها بمسيسه اياها ووليها ضامن للصداق . وهذا يدل انه رجع إلى هذا القول . وبه قال الزهرى وقتادة ومالك والشافعى فى القديم وروى عن على انه لايرجع وبه قال أبو حنيفة والشافعى فى الجديد ولنا ماروى مالك عن يحى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال قال عمر بن الخطاب ايما رجل تزوج امرأة بها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها وذلك لزوجها غرم على وليها اذا ثبت هذا فان كان الولى علم غرم وان لم يكن علم فالتغرير من المرأة فيرجع عليها بجميع الصداق وان اختلفوا فى علم الولى فشهدت عليه بينة بالإقرار بالعلم والا فالقول قوله مع يمينه وان أنكر ولم تقم بينة باقراره فالقول قوله مع يمينه ويرجع على المرأة بجميع الصداق وهذا قول مالك الا أنه قال اذا ردت المرأة ما أخذت ترك لها ما تستحل به لئلا تصير كالموهوبة

(١) قوله « وليس لولى صغيرة الخ » أى حرة وهذا بلا نزاع لأنه لاناظر لهم بما فيه الحظ ولا حظ لهن فى هذا العقد فلو خالف وفعل لم يصح النكاح فيهن مع علمه لانه عقد لهم عقدا لايجوز عقده كما لو باع عقار محجوره لغير مصلحة وان لم يعلم الولى عيبه صح النكاح كما لو اشترى لهن معيبا لايعلم عيبه ويجب عليه الفسخ إذا علم قاله فى المغنى والشرح وشرح ابن منجا والزركشى فى شرح الوجيز وغيرهم لانه حظ لهن فوجب فعله خلافا لما فى التنقيح وتبعه فى المنتهى قال وله الفسخ واللام للإباحة

(٢) قوله « ولا لولى كبيرة الخ » أى لأنها تملك الفسخ إذا علمت بالعيب بعد العقد فالامتناع أولى

(٣) قوله « فان اختارت الخ » هذا المذهب لان الحق فى الوطء لها والضرر مختص بها وقال أحمد ما يعجبنى أن يزوجها بعنين وان رضيت الساعة تكره إذا دخلت عليه .

أصح الوجهين[١] ، وان علمت العيب بعد العقد أو حدث به لم يملك إجبارها على الفسخ [٢] .

باب نكاح الكفار

وحكمه حكم نكاح المسلمين فيما يجب به ، وتحريم المحرمات[٣]، ويقرون على الانكحة المحرمة ما اعتقدوا حلها ولم يرتفعوا الينا[٤] ، وعنه فى مجوسى تزوج كتابية أو اشترى نصرانية يحول بينهما الامام فيخرج من هذا أنهم لا يقرون على نكاح محرم[٥] . وان اسلموا وترافعوا الينا فى ابتداء العقد لم

---

(١) قوله « وان اختارت نكاح مجنون الخ » وهو المذهب لان فيه ضررا دائما وعارا عليها وعلى أهلها كمنعها من التزويج بغير كفؤ

(٢) قوله « وإن علمت بالعيب الخ » هذا بلا نزاع لان حق الولى فى ابتدائه لافى دوامه

[فائدة] الذى يملك منعها وليها العاقد للنكاح على الصحيح من المذهب قدمه فى المغنى والشرح والفروع وقيل لبقية الاولياء منعها كما قلنا فى الكفاءة قال فى الانصاف وهو أولى وجزم به ابن رزين فى شرحه

(٣) قوله « وحكمه حكم نكاح المسلمين الخ » هذا المذهب فيتعلق بانكحتهم أحكام النكاح الصحيح من وقوع الظهار والايلاء ووجوب المهر والقسم والاباحة للزوج الاول والاحصان وكذا وقوع الطلاق فى قول الجمهور فعلى هذا لو طلق الكافر ثلاثا ثم تزوجها قبل زوج واصابة ثم أسلما لم يقرا عليه ولو طلقها أقل من ثلاث ثم أسلما فهى عنده على ما بقى من طلاقها ويحرم عليهم ما يحرم على المسلمين كما ذكر فى بابه

(٤) قوله « ويقرون على الانكحة الخ » هذا هو المذهب لانه اسلم الخلق الكثير فى زمنه عليه الصلاة والسلام فاقرهم على انكحتهم ولم يكشف عن كيفيتها قال أحمد فيمن عقد على ذات محرمه أن يقر ما لم يرتفعوا الينا

(٥) قوله « فيخرج الخ » وان يحال بينهم وبين نكاح محارمهم لقول عمر : فرقوا بين كل ذى رحم من المجوس . وقال أحمد فى مجوسى ملك أمة نصرانية يحال بينه وبينها ويجب عليه بيعها

تمضه إلا على الوجه الصحيح(١) وإن كان فى أثنائه لم تتعرض لكيفية عقدهم(٢) بل إن كانت المرأة ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كذات محرمه ومن هى فى عدتها أو شرط الخيار فى نكاحها متى شاء أو مدة هما فيها أو مطلقته ثلاثا فرق بينهما والا أقرا على النكاح(٣) ، وإن قهر حربى حربية فوطئها أو طاوعته واعتقداه نكاحا أقرا والا فلا(٤) ، وان كان المهر مسمى صحيحا أو فاسـدا قبضته استقر(٥) ، وان كان فاسدا لم تقبضه فرض لها مهر

(١) قوله « فان اسلموا الخ » وهذا المذهب كأنكحة المسلمين من الايجاب والقبول والولى والشهود لقوله تعالى ﴿وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط﴾ أى العدل

(٢) قوله « وان كان فى اثنائه الخ » أى بغير خلاف نعلمه قال ابن عبد البر أجمع العلماء على أن الزوجين اذا اسلما معاً فى حالة واحدة ان لهما المقام على نكاحهما ما لم يكن بينهما نسب أو رضاع

(٣) قوله « بل ان كانت المرأة الخ » اى مطلقا على الصحيح من المذهب أى لان الأستدامة اضعف من الأبتداء فاذا لم يجز الأبتدا وهو أقوى فلأن لا يجوز الأستدامة وهى أضعف بطريق الأولى . وكذا ان كان بينهما نكاح متعة وأما اذا كانت المرأة تباح له حال الترافع أو الأسلام كعقده عليهما فى عدة ولم يترافعا أو يسلما حتى فرغت العدة أو عقده بلا شهود أو ولى وصيغة ايجاب وقبول أو تزوجها على أخت لها وماتت اختها بعد عقده وقبل الأسلام والترافع أقرا . قال ابن عبد البر أجمع العلماء على أن الزوجين اذا اسلما معا فى حالة واحدة أن لهما المقام على نكاحهما ما لم يكن بينهما نسب أو رضاع

(٤) قوله « وان قهر حر بى الخ » أى ثم اسلما أقرا وهذا المذهب لأن المصحح له اعتقاده الحل وهو موجود هنا كالنكاح بلا ولى وان لم يعتقداه نكاحاً لم يقرا عليه

[تنبيه] مفهوم قوله فان قهر الخ أنه لو فعل ذلك أهل الذمة أنهم لا يقرون عليه وهو ظاهر كلام غيره وصرح به فى الترغيب وجزم به فى البلغة وظاهر كلام المصنف فى المغنى والشارح أنهم كاهل الحرب وهو الصحيح من المذهب قال فى الأنصاف وهو الصواب

(٥) قوله « وان كان المهر الخ » هذا بلا نزاع لأنه لايتعرض الى ما فعلوه =

المثل (١)

فصل

وإذا اسلم الزوجان معا(٢) أو أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما(٣)، وان اسلمت الكتابية أو أحد الزوجين غير الكتابيين قبل الدخول انفسخ النكاح(٤) ، فان كانت هى المسلمة فلا مهر لها (٥) . وأن أسلم قبلها فلها نصف

= يؤيده قوله تعالى ﴿ فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ﴾ ولان التعرض للمقبوض بأبطاله يشق لتطاول الزمان

(١) قوله « وان كان فاسدا الخ » وهو المذهب وعليه الأصحاب فيجب كاملا بعد الدخول أو نصفه قبله وبهذا قال الشافعى وأبو يوسف لأنه يجب فى التسمية الفاسدة اذا كانت الزوجة مسلمة فكذا الكافرة ، ولو كانت قبضت بعض المسمى الفاسد وجب لها حصة ما بقى من مهر المثل

(٢) قوله « واذا اسلم الزوجان معاً » أى تلفظا بالأسلام دفعة واحدة فهما على نكاحهما إجماعا لان اختلاف الدين مفسد للنكاح بمجرد سبق أحدهما وقيل هما على نكاحهما ان أسلما فى المجلس كالقبض ونحوه فان حكم المجلس كله حكم حالة العقد ولأنه يتعذر اتفاقهما على النطق بكلمة الأسلام دفعة واحدة فلو اعتبر ذلك لوقعت الفرقة بين كل مسلمين الا فى الشاذ النادر وقال فى الانصاف وهو الصواب واختاره الناظم .

(٣) قوله « أو اسلم زوج الخ » أى سواء كان كتابيا أو غير كتابى قبل الدخول أو بعده لان نكاح الكتابية يجوز ابتداؤه فالأستمرار أولى

(٤)قوله « وان أسلمت الخ » لقوله تعالى ﴿ لاهن حل لهم ولا هم يحلون لهن ولا تمسكوا بعصم الكوافر ﴾ اذ لا يجوز لكافر نكاح مسلمة قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم

على قوله « انفسخ النكاح » * ولا يكون طلاقا

(٥) قوله « فان كانت الخ » هذا المذهب لأن الفرقة من جهتها أشبه مالو ارتدت وهذا اذا أسلمت قبل الدخول وبه قال الحسن والزهرى ومالك والأوزاعى =

المهر[1] وعنه لامهر لها . وإن قالت أسلمت قبلي وأنكر فالقول قولها[2]، وإن قال أسلمنا معاً فنحن على النكاح وأنكرته فعلى وجهين[3] . وان أسلم أحدهما بعد الدخول وقف الأمر على انقضاء العدة[4] ، فان أسلم الثانى قبل

=وابن شبرمة والشافعى وعنه لها نصف المهر اختاره أبو بكر قال فى الأنصاف وهو أولى وبه قال قتادة والثورى ويقتضيه قول أبي حنيفة لأن الفرقة حصلت من قبله بامتناعه عن الأسلام وهى فعلت ما فرض الله عليها واذا انفسخ النكاح باسلام أحد الزوجين قبل الدخول مثل أن يسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين تعجلت الفرقة على ما ذكرنا ويكون ذلك فسخا لا طلاقا وهو المذهب وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا تتعجل الفرقة بل ان كان فى دار الأسلام عرض الأسلام على الآخر فان أبى وقعت حينئذ

(١) قوله « وان أسلم قبلها الخ » هذا المذهب لأن الفرقة حصلت من جهته

(٢) قوله « وان قالت الخ » أى لأنها تدعى استحقاق شيء أوجبه العقد وهو يدعى سقوطه فلم يقبل قوله لان الأصل عدمه وهذا تفريع على أنها تستحق نصف المهر اذا سبقها بالأسلام وأما على الأخرى فلا

(٣) قوله « وان قال أسلمنا معاً الخ » أحدهما القول قولها وهو الصحيح لأن الظاهر معها اذ يبعد اتفاق الأسلام منهما دفعة واحدة وان قيل العبرة بالمجلس فينبغى أن يقبل قوله لأن العمل بالظاهر متعين والثانى يقبل قوله لأن الأصل بقاء النكاح

(٤) قوله « وان أسلم أحدهما بعد الدخول الخ » وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب قال أبو بكر رواه عنه نحو خمسين رجلا لما روى ابن شبرمة قال كان الناس على عهد رسول الله ﷺ يسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبله فايهما اسلم قبل انقضاء العدة فهى أمراته وأن اسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما . وروى ان بنت الوليد بن المغيرة كانت تحت صفوان بن أمية فاسلمت ثم اسلم صفوان فلم يفرق النبي ﷺ بينهما قال ابن شهاب أسلمت أم حكيم وهرب زوجها عكرمة الى اليمن فارتحلت اليه ودعته الى الأسلام فاسلم وقدم فبايع النبي ﷺ فبقيا على نكاحهما قال الزهرى ولم يبلغنا ان امرأة هاجرت وزوجها مقيم بدار الكفر الا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها الا أن يقدم زوجها مهاجرا قبل انقضاء عدتها روى ذلك مالك فاذا أسلم أحدهما=

انقضائها فهما على نكاحهما والا تبينا أن الفرقة وقعت حين أسلم الأول ، فعلى هذا لو وطئها فى عدتها ولم يسلم الثانى فعليه المهر ، فان أسلم فلا شيء لها ،

وتخلف الآخر حتى انقضت العدة انفسخ النكاح فى قول عامتهم وعن أحمد ترد الى زوجها وإن طالت المدة وهو قول النخعى لما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى ﷺ رد زينب على أبى العاص بن الربيع بعد ست سنين بالنكاح الأول ولم يحدث نكاحا رواه أحمد وأبو داود والترمذى ولفظه له وقال ليس باسناده بأس وصححه أحمد. جوابه بانه يحتمل أن يكون قبل نزول تحريم المسلمات على الكفار . أو تكون حاملا استمر حملها أو مريضة لم تحض ثلاث حيض حتى اسلم زوجها أو تكون ردت اليه بنكاح جديد رواه أحمد والترمذى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ رد ابنته على أبى العاص بنكاح جديد قال أحمد هذا ضعيف وقال الدارقطنى لا يثبت وقال يزيد بن هارون حديث ابن عباس أجود اسنادا والعمل على حديث عمرو بن شعيب واختار الشيخ تقى الدين انها اذا أسلمت قبله بقاء نكاحها قبل الدخول وبعده ما لم تنكح زوجا غيره والامر اليها ولا حكم له عليها ولا حق عليه لان الشارع لم يستفصل وهو مصلحة محضة وكذا عنده إن أسلم قبلها وليس له حبسها وأنها متى أسلمت ولو قبل الدخول أو بعده فهى امرأته إن اختار .

على قوله « وان أسلم أحدهما بعد الدخول وقف الأمر على انقضاء العدة الخ » قلت قد ذكر ابن القيم رحمه الله تعالى فى الهدى فى الكلام على الزوجين يسلم أحدهما قبل الآخر كلاماً حسنا فاحببت ذكره هنا وإن كنت قد ذكرت فى الحاشية ما يكفى قال : وتضمن يعنى حديث زينب أن أحد الزوجين اذا أسلم قبل الآخر لم ينفسخ النكاح باسلامه فرقت الهجرة بينهما أو لم تفرق فانه لا يعرف أن رسول الله ﷺ جدد نكاح زوجين سبق أحدهما الآخر بإسلامه قط ولم تزل الصحابة يسلم الرجل قبل امرأته وامراته قبله ولم يعرف عن أحد منهم البتة أنه تلفظ بإسلامه هو وامرأته وتساوقا فيه حرفا بحرف هذا مما يعلم أنه لم يقع البتة ، وقد رد النبى ﷺ ابنته زينب على أبى العاص بن الربيع وهو انما أسلم زمن الحديبية وهى أسلمت من أول البعثة فبين إسلامهما أكثر من ثمانية عشر سنة . وأما قوله فى الحديث كان بين إسلامها وإسلامه ست سنين فوهم انما أراد بين هجرتها وإسلامه وعلى هذا فالعدة

واذا أسلمت قبله فلها نفقة العدة ، وان كان هو المسلم فــلا نفقة لها ، وان

= تنقضى فى هذه المدة فـكيف لم يجدد نكاحا قبل تحريم المسلمات على المشركين انما نزل بعد صلح الحديبية لا قبل ذلك فلم ينفسخ النـكاح فى تلك المدة لعدم شرعية هذا الحـكم فيها ولما نزل تحريمهن على المشركين أسلم أبو العاص فردت عليه وأما مراعاة زمن العدة فلا دليل عليه من نص ولا إجماع وقد ذكر حماد بن سلمة عن قتادة عن سعيد بن المسيب أن على بن أبى طالب قال فى الزوجين الـكافرين يسلم أحدهما هو أملك ببضعها ما دامت فى دار هجرتها وذكر سفيان بن عيينة عن مطرف ابن طريف عن الشعبى عن على هو أحق بها ما لم تخرج من مصرها وذكر ابن أبى شيبة عن معتمر بن سليمان عن معمر عن الزهرى إن اسلمت ولم يسلم زوجها فهما على نـكاحهما الا أن يفرق بينهما سلطان ولا يعرف اعتبار العدة فى شيء من الأحاديث ولا كان النبى ﷺ يسأل المرأة هل انقضت عدتك أم لا . ولا ريب أن الاسلام لو كان بمجرده فرقة لم تـكن فرقة رجعية بل بائنة فلا أثر للعدة فى بقاء النـكاح وانما أثرها فى منع نـكاحها للغير فلو كان الاسلام قد نجز الفرقة بينهما لم يكن أحق بها فى العدة ولـكن الذى دل عليه حـكم رسول الله ﷺ أن النـكاح موقوف فان أسلما قبل انقضاء عدتها فهى زوجته وإن انقضت عدتها فلها أن تنـكح من شاءت وإن أحبت انتظرته فان أسلم كانت زوجته من غير حاجة الى تجديد نكاح ولا نعلم أحدا جدد الإسلام نكاحه البتة بل كان الواقع أحد أمرين اما افتراقهما ونكاحها غيره وإما بقاؤها عليه وان تأخر إسلامها أو اسلامه ، وأما تنجيز الفرقة أو مراعاة العدة فلا نعلم أن رسول الله ﷺ قضى بواحد منهما مع كثرة من أسلم فى حياته من الرجال وأزواجهم وقرب اسلام أحد الزوجين من الآخر وبعده منه ولولا اقراره ﷺ الزوجين على نكاحهما وإن تأخر إسلام أحدهما عن الآخر بعد صلح الحديبية وزمن الفتح لقلنا بتعجيل الفرقة بالاسلام من غير اعتبار عدة لقوله تعالى ﴿لاهن حل لهم ولا هم يحلون لهن﴾ وقوله ﴿ ولا تمسكوا بعصم الـكوافر ﴾ وان الاسلام سبب الفرقة وكل ما كان سببا للفرقة تعقبته الفرقة كالرضاع والخلع والطلاق وهذا اختيار الخلال وصاحبه أبى بكر وابن المنذر وابن حزم وبه قال حماد بن زيد والحكم بن عتيبة وسعيد بن جبير وعمر بن عبد العزيز وعدى بن عدى الـكندى والشعبى وغيرهم قلت وهو احدى الروايتين عن أحمد ولـكن الذى أنزل =

اختلفا فى السابق منهما فالقول قولها فى أحد الوجهين. وعنه ان الفرقة تتعجل

=عليه قوله ﴿ ولا تمسكوا بعصم الكوافر ﴾ وقوله ﴿ لاهن حل لهم ولا هم يحلون لهن ﴾ لم يحكم بتعجيل الفرقة فروى مالك فى موطأه عن ابن شهاب قال كان بين إسلام صفوان بن أمية وبين اسلام امرأته بنت الوليد بن المغيرة نحو من شهر اسلمت يوم الفتح وبقى صفوان حتى شهد حنينا والطائف وهو كافر ثم أسلم ولم يفرق النبى ﷺ بينهما واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح قال ابن عبد البر وشهرة هذا الحديث أقوى من اسناده وقال ابن شهاب اسلمت أم حكيم يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة حتى اتى اليمن فدعته الى الاسلام فأسلم وقدم فبايع النبى ﷺ فبقيا على نكاحهما وأسلم حكيم بن حزام قبل امرأته وخرج أبو سفيان بن الحارث وعبد الله بن أبى أمية عام الفتح فلقيا النبى ﷺ بالأبواء فأسلما قبل (*)

ولم يعلم أن النبى ﷺ فرق بين أحد ممن أسلم وبين امرأته وجواب من أجاب بتجديد نكاح من أسلم فى غاية البطلان والقول على رسول الله ﷺ بلا علم واتفاق الزوجين فى اللفظ بكلمة الاسلام معا فى لفظة واحدة معلوم الانتفاء ويلى هذا القول مذهب من يقف الفرقة على انقضاء العدة مع ما فيه اذ فيه آثار ولو كانت منقطعة ولو صحت لم يجز القول بغيرها قال ابن شبرمة كان الناس على عهد رسول الله ﷺ يسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل فايهما أسلم قبل انقضاء العدة فهى امرأته وإن أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما . وقد تقدم قول الترمذى فى أول الفصل وما حكاه ابن حزم عن عمر فما أدرى من أين حكاه والمعروف عنه خلافه فقد ثبت عنه من طريق حماد بن سلمة عن أيوب وقتادة كلاهما عن ابن سيرين عن عبد الله بن يزيد الخطمى أن نصرانيا أسلمت امرأته فخيرها عمر بن الخطاب إن شاءت فارقته وان شاءت أقامت عليه ومعلوم بالضرورة أنه انما خيرها بين انتظاره الى أن يسلم فتكون زوجته كما هى أو تفارقه وكذلك صح عنه أن نصرانيا اسلمت امرأته فقال عمر إن اسلم فهى امرأته وإن لم يسلم فرق بينهما فلم يسلم ففرق بينهما وكذلك قال لعبادة بن النعمان التغلبى وقد اسلمت امرأته إما أن تسلم والا نزعتها منك فأبى فنزعها منه فهذه الآثار صريحة فى خلاف ما حكاه أبو محمد بن حزم عنه وهو حكاها وجعلها روايات اخر وانما تمسك أبو محمد بآثار فيها أن عمر وابن عباس وجابرا فرقوا بين =

(*) بياض بالاصل وفى الهدى « فاسلما قبل منكوحتيهما فبقيا على نكاحهما ولم يعلم الخ »

باسلام أحدهما كما قبل الدخول ، فاما الصداق فواجب بكل حال[١]

فصل

فان ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح[٢] ، ولا مهر لها إن كانت المرتدة[٣]، وإن كان هو المرتد فلها نصف المهر[٤]، وإن كانت الردة بعد الدخول فهل تتعجل الفرقة أو تقف على انقضاء العدة؟ على روايتين[٥]. وإن كان هو المرتد فلها نفقة العدة[٦]، وان كانت هى المرتدة فلا نفقة لها[٧]، وان

الرجل وامرأته بالاسلام وهى آثار مجملة ليست بصريحة فى تعجيل الفرقة ولو صحت فقد صح عن عمر ما حكيناه وعن على ما تقدم وبالله التوفيق

(١) قوله « فاما الصداق الخ » يعنى اذا وقعت الفرقة باسلام أحدهما بعد الدخول لأنه استقر بالدخول فان كان صحيحا أو فاسدا قبضته استقر وإن كان فاسدا لم تقبضه أو لم يسم لها شىء فلها مهر المثل

(٢) قوله « وان ارتد أحد الزوجين الخ » وكذا لو ارتدا معا وهذا المذهب فيهما لقوله تعالى ﴿ لاهن حل لهم ولا هم يحلون لهن ﴾ الى قوله ﴿ ولا تمسكوا بعصم الكوافر ﴾ ولانه اختلاف دين يمنع الاصابة فوجب فسخ النكاح كما لو اسلمت تحت كافر

(٣) قوله « ولا مهر لها الخ » هذا المذهب لأن الفسخ من قبلها

(٤) قوله « وان كان هو الخ » هذا المذهب أيضا لأن الفسخ من جهته أشبه طلاقها قبل الدخول

(٥) قوله « وإن كانت الردة الخ » احداهما تتعجل روى عن الحسن وعمر ابن عبد العزيز والثورى لان ما أوجب فسخ النكاح استوى ما قبل الدخول وبعده ، والثانية وهى المذهب يقف على انقضاء العدة كاسلام الحربية تحت الحربى واختيار الشيخ تقى الدين هنا مثل اختياره فيما اذا اسلم أحدهما بعد الدخول كما تقدم قريبا

(٦) قوله « فان كان هو المرتد الخ » هذا مبنى على القول بأن النكاح يقف على انقضاء العدة لأنه يمكنه تلافى نكاحها باسلامه

(٧) قوله « وان كانت الخ » أى لأنه لا سبيل الى تلافى نكاحها

انتقل أحد الكتابيين إلى دين لا يقر عليه فهو كردته[1]

فصل

وإن أسلم كافر وتحته أكثر من أربع نسوة فاسلمن معه اختار منهن أربعا وفارق سائرهن[2]، فان لم يختر أجبر عليه، وعليه نفقتهن إلى أن

[فائدة] لو وطئها أو طلقها وقلنا لا تتعجل الفرقة فني وجوب المهر ووقوع الطلاق خلاف ذكره فى الانتصار قال فى الانصاف قلت جزم المصنف والشارح بوجوب المهر اذا لم يسلما حتى انقضت العدة

(١) قوله « وان انتقل أحد الخ » اذا انتقل الزوجان أو أحدهما الى دين لا يقر عليه كاليهودى يتنصر أو النصرانى يتهود أو تمجس أحد الزوجين الكتابيين فكالردة فينفسخ النكاح قبل الدخول ويتوقف بعده على انقضاء العدة لأنه انتقل الى دين باطل قد أقر ببطلانه فلا يقر عليه كالمرتد وكذا حكم كتابية تحت مسلم اذا تمجست .

(٢) قوله « وان أسلم كافر الخ » أو كن كتابيات ولم يسلمن وهذا المذهب لقوله عليه الصلاة والسلام لغيلان بن سلمة وقد أسلم على عشر نسوة فاسلمن معه فأمره أن يختار منهن أربعا رواه الترمذى وابن ماجه . وفى لفظ اختر منهن أربعا وفارق سائرهن وعن قيس بن الحارث قال اسلمت وتحتى ثمان نسوة فاتيت النبى ﷺ فذكرت له ذلك فقال اختر منهن أربعا رواه أحمد وأبو داود . فعلى هذا إن كان مكلفا اختار وإن كان صغيرا لم يصح اختياره والصحيح من المذهب لا يختار الولى ويقف الأمر حتى يبلغ قاله الأصحاب لانه راجع الى الشهوة والارادة ، واختار الشيخ تقى الدين أن وليه يقوم مقامه فى التعيين وضعف الوقف

[فائدة] لو أسلم على اكثر من اربع أو على اختين فاختار أربعا أو إحدى الأختين فقال المصنف والشارح يعتزل المختارات حتى تنقضى عدة المفارقات فلو كن خمساً ففارق إحداهن فله وطء ثلاث من المختارات ولا يطأ الرابعة حتى تنقضى عدة المفارقة وعلى ذلك فقس وكذلك الأخت قال الشيخ تقى الدين فى شرح المحرر فى هذا نظر فان ظاهر السنة يخالف ذلك قال وقد تأملت كلام عامة أصحابنا فوجدتهم =

يختار ، فان طلق احداهن أو وطئها كان اختيارا لها[١]، وان طلق الجميع ثلاثا أقرع بينهن فاخرج بالقرعة أربع منهن وله نكاح البواقى[٢] وإن ظاهر أو آلى من إحداهن فهل يكون اختيارا لها؟ على وجهين[٣]. وان مات فعلى الجميع عدة الوفاة[٤] ، ويحتمل أن يلزمهن أطول الأمرين من ذلك أو ثلاثة قروء[٥] ،

= قد ذكروا أنه يمسك أربعا ولم يشترطوا فى جواز وطئه انقضاء العدة لا فى جمع العدد ولا فى جمع الرحم ولو كان بهذا أصل عندهم لم يغفلوه فانهم دائما ينهون فى مثل هذا على اعتزال الزوجة كما ذكره أحمد فيما اذا وطىء اخت امرأته بنكاح فاسد أو زنا بها قال وهذا هو الصواب فان هذه العدة تابعة لنكاحها وقد عفا الله عن جميع نكاحها فلذلك يعفو عن توابع ذلك النكاح وهذا بعد الاسلام لم يجمع عقدا ولا وطئا . انتهى

(١) قوله « فان طلق إحداهن الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب لأن الطلاق لا يكون الا فى زوجة فان قال فارقت أو اخترت هؤلاء فان لم ينو به الطلاق كان اختيارا لغيرهن للخبر لانه يدل على أن لفظ الفراق هنا ليس طلاقا ولا اختيارا للخبر فان نوى به طلاقا كان طلاقا واختيارا للخبر

(٢) قوله « وإن طلق الجميع الخ » أى له نكاح البواقى اذا انقضت عدتهن صرح به الأصحاب وهذا المذهب لانهن لم يطلقن منه واختار الشيخ تقى الدين أن الطلاق هنا فسخ ولا يحسب من الطلاق الثلاث وليس باختيار

[فائده] لو وطىء الكل تعين له الأول

(٣) قوله « وان ظاهر أو آلى الخ » أحدهما لا يكون اختيارا وهو المذهب لأنه يصح فى غير زوجة ولأن هذه كما تدل على التصرف فى المنكوحة تدل على اختيار تركها فيتعارض الاختيار وعدمه فلا يثبت واحد منهما

(٤) قوله « فعلى الجميع عدة الوفاة » هذا أحد الوجهين اختاره القاضى فى الجامع وجزم به فى الوجيز والمنور وقدمه فى الهداية والمذهب ومسبوك الذهب والمستوعب والخلاصة والمحرر وغيرهم لأن الزوجات لم تتعين منهن

(٥) قوله « ويحتمل الخ » أى ان كن ممن يحضن وإن كانت حاملا فبوضعه =

والميراث لأربع منهن بالقرعة (١) ، وان أسلم وتحته أختان اختار منهما واحدة(٢) ، فان كانتا أما وبنتا فسد نكاح الأم(٣) ، وان كان دخل بالأم فسد نكاحهما (٤)

فصل

وان أسلم وتحته إماء فأسلمن معه وكان فى حال اجتماعهم على الاسلام فمن يحل له نكاح الإماء فله الاختيار منهن وإلا فسد نكاحهن ، فان أسلم وهو موسر فلم يسلمن حتى أعسر فله الاختيار منهن ، فان أسلمت إحداهن

= والآيسة والصغيرة عدة الوفاة وهذا المذهب قال الشارح هذا الصحيح والأولى والقول الأول لا يصح لتنقضى العدة بيقين لان كل واحدة منهن يحتمل أن تكون مختارة وعدة المختارة عدة الوفاة وعدة المفارقة ثلاثة قرؤ فأوجبنا أطولها

[فائدة] لو اسلم معه البعض دون البعض ولسن بكتابيات لم يخير فى غير مسلمة وله إمساك من شاء عاجلا وتأخيره حتى يسلم من بقى أو تفرغ عدتهن وهذا المذهب .

(١) قوله « والميراث لأربع الخ » هذا المذهب لأن الميراث بالزوجية ولا زوجية فيما زاد على الأربع . وإن اخترن جميعا الصلح وكن مكلفات رشيدات جاز كيف ما اصطلحن لأن الحق لا يعدوهن

(٢) قوله « وإن اسلم الخ » وذلك لما روى الضحاك بن فيروز عن أبيه قال اسلمت وعندى امرأتان اختان فقال النبى ﷺ اختر ايتهما شئت رواه الترمذى وفى رواية لأحمد وأبى داود قال فأمرنى النبى ﷺ أن اطلق أحداهما وكذا الحكم فى المرأة وعمتها والمرأة وخالتها لأن المعنى فى الجميع واحد

(٣) قوله « وان كانتا أما الخ » أى وحرمت على الأبد لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال « أيما رجل نكح امرأة دخل بها أو لم يدخل فلا تحل له أمها » رواه ابن ماجه ولأنها من أمهات نسائه فيدخل فى عموم قوله تعالى ﴿ وأمهات نسائكم ﴾

(٤) قوله « وان كان دخل الخ » أما الأم فلما تقدم وأما البنت فلانها ربيبته

بعده ثم عتقت ثم أسلم البواقى فله الاختيار منهن ، وإن عتقت ثم أسلمت ثم أسلمن لم يكن له الاختيار من البواقى ، وان أسلم وتحته حرة وإماء فاسلمت الحرة فى عدتها قبلهن أو بعدهن انفسخ نكاحهن ، وان أسلم عبد وتحته إماء فأسلمن معه ثم أعتق فله أن يختار منهن ، وإن أسلم وعتق ثم أسلمن فحكمه حكم الحر لايجوز أن يختار منهن إلا بوجود الشرطين فيه

كتاب الصداق

وهو مشروع فى النكاح ، ويستحب تخفيفه (١) ، وأن لا يعرى النكاح عن تسميته(٢) ، وأن لا يزيد على صـــداق أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم وبناته وهو خمسمائة درهم(٣) ، ولا يتقدر أقله(٤) ولا

---

(١) قوله « ويستحب تخفيفه » وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام أعظم النكاح بركة أيسره مؤنة رواه أحمد وفيه ضعف

(٢) قوله « وان لا يعرى النكاح الخ » الصحيح من المذهب أن تسميته فى العقد مستحبة لأنه عليه الصلاة والسلام كان يتزوج ويزوج ولا يخلى ذلك من صداق وقال للذى زوجه الموهوبة هل شيء تصدقها قال لا قال التمس ولو خاتما من حديد وليس ذكره شرطا وفاقا لقوله تعالى ﴿ ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ﴾ وبالغ فى التبصرة فكره تركه وذكر الطحاوى أن كثيرا من أهل المدينة يبطلون هذا النكاح اذا خوصم فيه قبل الدخول

(٣) قوله « وأن لا يزيد الخ » لما روى مسلم من حديث عائشة رضى الله عنها أن صداق زواج النبي ﷺ على أزواجه خمسمائة درهم

(٤) قوله « ولا يتقدر أقله » هذا المذهب بل كل ما جاز أن يكون ثمنا جاز أن يكون صداقا وبهذا قال الحسن وعمرو بن دينار وابن أبى ليلى والأوزاعى والليث والشافعى واسحاق وأبو ثور وداود وزوج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين وعن سعيد بن جبير والنخعى وابن شبرمة ومالك وأبى حنيفة أنه مقدر الاقل ثم اختلفوا فيه فقال مالك وأبو حنيفة اقله ما يقطع به السارق وقال ابن شبرمة خمسة دراهم وعن النخعى أربعون وعنه عشرون وعن سعيد بن جبير خمسون واحتج أبو =

أكثره[1] بل كل ما جاز أن يكون ثمنا جاز أن يكون صداقا من قليل وكثير[2] وعين ودين ومعجل ومؤجل ومنفعة معلومة[3] كرعاية غنمها مدة معلومة وخياطة ثوب ورد عبدها من موضع معين[4] ، فان كانت مجهولة كرد عبدها أين كان وخدمتها فيما شاءت لم يصح[5] . وان تزوجها على منافعه

=حنيفة بما روى عن النبي ﷺ أنه قال لا مهر أقل من عشرة دراهم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام التمس ولو خاتما من حديد متفق عليه وعن عامر بن ربيعة أن امرأة من بني فزارة تزوجت على نعلين فقال النبي ﷺ أرضيت من نفسك ومالك بنعلين قالت نعم فأجازه رواه أبو داود والترمذي وصححه

(١) قوله « ولا أكثره » وذلك بالاجماع قاله ابن عبد البر

(٢) قوله « بل كل ما جاز الخ » هذا المذهب لحديث جابر مرفوعا « لو أن رجلا اعطى امرأة صداقا ملء يده طعاما كانت له حلالا » رواه أبو داود بمعناه

(٣) قوله « من عين أو دين الخ » هذا المذهب ومنافع الحر والعبد سواء وبه قال الشافعي لقوله تعالى حكاية عن شعيب مع موسى ﴿انى أريد أن انكحك أحدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج﴾ ولأن منفعة الحر يجوز العوض عنها فى الإجارة فجازت صداقا كمنفعة العبد

(٤) قوله « وخياطة ثوب الخ » أى لأنها منفعة معلومة وعلم منه أن ما لا يجوز أن يكون ثمنا فى المبيع كالمحرم والمعدوم والمجهول وما لا منفعة فيه وما لا يتم ملكه عليه كالمبيع فى المكيل والموزون قبل قبضه وما لا يقدر على تسليمه كالطير فى الهواء وما لا يتمول عادة كقشر جوزة وحبة حنطة لا يجوز أن يكون صداقا لأنه نقل للملك فيه بعوض فلم يجز فيه ذلك كالبيع

(٥) قوله « فان كانت مجهولة الخ » أى لانه عوض فى عقد معاوضة فلم يصح مجهولا كالثمن فى البيع والأجرة فى الأجارة

[فائدة] اذا تزوجها على أن يحج بها لم تصح التسمية وبه قال الشافعي لأن الحملان مجهول لا يوقف له على حد . وقال النخعي والثوري ومالك والأوزاعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد تصح

مدة معلومة فعلى روايتين[١] ، وكل موضع لاتصح التسمية وجب مهر المثل فان أصدقها تعليم أبواب من الفقه أو الحديث او قصيدة من الشعر المباح صح[٢] ، وان كان لايحفظها لم يصح ، ويحتمل أن يصح و يتعلمها ثم يعلمها[٣]. وان تعلمتها من غيره لزمه أجرة تعليمها فإن طلقها قبل الدخول وقبل تعلمها فعليه نصف الأجرة ، ويحتمل أن يعلمها نصفها وإن كان بعد تعليمها رجع عليها بنصف الأجرة ، وإن أصدقها تعليم شيء من القرآن معين لم يصح[٤] ،

---

(١) قوله « وان تزوجها على منافعه الخ » إحداهما تصح وهى المذهب بدليل قصة موسى عليه الصلاة والسلام والثانية لا يصح وهو قول أبي حنيفة لانها ليست مالا وتأول أبو بكر هذه الرواية على ما اذا كانت الخدمة مجهولة كرد عبدها الآبق أو خدمتها فى أى شيء أرادت سنة فأما إن كانت معلومة كبناء حائط وخياطة ثوب جاز .

[فوائد] : إحداها لو تزوجها على منافع حر غيره مدة معلومة صح على الصحيح من المذهب واختاره الشيخ تقى الدين

(الثانية) لا يضر جهل يسير ولا غرر يرجى زواله على الصحيح من المذهب فعلى المذهب لو تزوجها على أن يشترى لها عبد زيد صح على الصحيح من المذهب نص عليه فلو تعذر شراؤه بقيمته فلها قيمته

(الثالثة) يصح عقده على دين سلم وغيره وعلى غير مقدور له كآبق ومغتصب يحصله وعلى مبيع اشتراه ولم يقبضه ولو مكيلا ونحوه كمعدود ومذروع وموزون لأن الصداق ليس ركنا فى النكاح فاغتفر الجهل اليسير والعذر الذى يرجى زواله

على قوله « وجب مهر المثل » * فلو اصدقها مالا يجوز أن يكون صداقا كالخمر والخنزير وتعليم التوراة والإنجيل والمعدوم والآبق والمجهول كعبد وثوب ودار لا يفسد النكاح ويجب مهر المثل وعنه يفسد اختاره أبو بكر

(٢) قوله « وان أصدقها تعليم الخ » وكذا لو أصدقها تعليم شيء من الأدب أو صنعة أو كتابة وهذا المذهب لانه يصح أخذ الأجرة على تعليمه

(٣) قوله « ويحتمل أن يصح الخ » هذا المذهب

(٤) قوله «وان أصدقها تعليم الخ » هذا المذهب وهو مذهب مالك والليث

وعنه يصح ولايحتاج إلى ذكر قراءة مَن وقال أبو الخطاب يحتاج إلى ذلك ، ولو تزوج نساء بمهر واحد أو خالعهن بعوض واحد صح[1] ويقسم بينهن على قدر مهورهن فى أحد الوجهين ، وفى الآخر يقسم بينهن بالسوية

فصل

ويشترط أن يكون معلوما كالثمن[2] . وان أصدقها داراً غير معينة أو دابة لم يصح ، وان أصدقها عبدا مطلقا لم يصح[3] ، وقال القاضى يصح ولها الوسط وهو السندى[4] ، وان أصدقها عبدا من عبيده لم يصح ذكره

= وأبى حنيفة ومكحول واسحاق وعنه يصح وهو مذهب الشافعى قال ابن رزين هذا الأظهر واختاره ابن عبدوس فى تذكرته وجزم به فى عيون المسائل لحديث سهل فى قصة التى وهبت نفسها وفيه فقال رسول الله ﷺ زوجتكها بما معك من القرآن ولنا أن الفروج لا تستباح الا بالأموال لقوله تعالى ﴿ أن تبتغوا بأموالكم ﴾ فأما الحديث فقيل معنى قوله بما معك من القرآن أى زوجتكها لانك من أهل القرآن كما زوج أبا طلحة على اسلامه وليس فى الحديث الصحيح ذكر التعلم ويحتمل أن يكون خاصا بذلك الرجل فعلى القول بالصحة لا بد من تعيين ما يعلمها إياه إما سورة أو سورا أو آيات بعينها

(١) قوله « وان تزوج نساء الخ » هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة واشهر قولى الشافعى والقول الثانى أن المهر فاسد ويجب مهر المثل لان كل ما يجب لواحدة من المهر غير معلوم . ولنا أن الغرض فى الجملة معلوم فلا يفسد لجهالته فى التفصيل ويقسم العوض بينهن على قدر مهورهن على المذهب وهو قول أبى حنيفة وصاحبيه لان الصفقة اذا وقعت على شيئين مختلفى القيمة وجب تقسيط العوض بينهما بالقيمة كما لو باع شقصا وسيفا

(٢) قوله « ويشترط أن يكون معلوما الخ » وهو المذهب وهو مذهب الشافعى لأن الصداق عوض فى عقد معاوضة فاشترط كونه معلوما كالثمن فى البيع

(٣) قوله « وان أصدقها عبدا مطلقا لم يصح » هذا المذهب للجهالة

(٤) قوله « وقال القاضى الخ » قال فى الفروع وظاهر نصه صحته واختاره ابن =

أبو بكر[١] ، وروى عن أحمد رحمه الله تعالى أنه يصح ولها أحدهم بالقرعة ، وكذلك يخرج إذا أصدقها دابة من دوابه أو قميصا من قمصانه ونحوه ، وإن أصدقها عبدا موصوفا صح[٢]. وان جاءها بقيمته أو أصدقها عبدا وسطا وجاءها بقيمته أو خالعته على ذلك فجاءته بقيمته لم يلزمها قبوله[٣]، وقال القاضي يلزمها ذلك[٤] وان أصدقها طلاق امرأة له أخرى لم يصح[٥] وعنه يصح ، فان فات طلاقها بموتها فلها مهرها في قياس المذهب ، وان تزوجها على ألف ان

= عبدوس وجزم به في المنور وقدمه في المحرر وغيره لقوله عليه الصلاة والسلام العلائق ما تراضى عليه الأهلون ولانه عوض ثبت في الذمة بدلا عما ليس المقصود فيه المال فثبت مطلقا كالدية

(١) قوله « وان أصدقها عبدا الخ » هذا اختيار المصنف والشارح وروى عن أحمد انه يصح وهو المذهب وكذا لو أصدقها دابة من دوابه أى فرسا من خيله أو بغلا من بغاله أو حمارا من حميره أو قميصا من قمصانه أو خاتما من خواتيمه وهذا المذهب في ذلك كله لان الجهالة فيه يسيرة فعلى المذهب لها أحدهم بالقرعة نص عليه

(٢) قوله « وان أصدقها عبدا موصوفا صح » هذا المذهب لأنه يجوز أن يكون عوضا في البيع والصفة تنزله منزلة المعين

(٣) قوله « وان جاءها بقيمته الخ » هذا أحد الوجهين وهو مذهب الشافعي وهو المذهب .

(٤) قوله « وقال القاضي الخ » أى قياسا على الأبل في الدية وجوابه بأنها استحقت عليه عبدا بعقد معاوضة فلم يلزمها أخذ قيمته كالمسلم فيه وكما لو كان معينا والأثمان أصل في الدية كالابل فيلزم الولي القبول لا على طريق القيمة وينتقض بالعبد المعين وبما قلنا قال الشافعي

[فائدة] اذا تزوجها على أن يعتق أباها صح نص عليه ، فان طلبت به أكثر من قيمته أو تعذر شراؤه فلها قيمته

(٥) قوله « وان أصدقها طلاق امرأة الخ » ، وهو المذهب وهو قول أكثر =

كان أبوها حيا وألفين ان كان ميتا لم يصح نص عليه(١) ، وان تزوجها على ألف ان لم يكن له زوجة وألفين ان كان له زوجة لم يصح فى قياس التى قبلها والمنصوص أنه يصح(٢)، واذا قال العبد لسيدته أعتقينى على أن أتزوجك فاعتقته على ذلك عتق ولم يلزمه شيء(٣)، واذا فرض الصداق مؤجلا ولم يذكر محل الأجل صح فى ظاهر كلامه ومحله الفرقة عند أصحابنا ، وعند أبى الخطاب لا يصح(٤) .

=الفقهاء لأن هذا ليس بمال ولقوله عليه الصلاة والسلام لاتسأل المرأة طلاق اختها فعلى هذا لها مهر المثل أو نصفه قبل الدخول وقال الشيخ تقى الدين ولو قيل ببطلان النكاح لم يبعد لأن المسمى فاسد لا بدل له فهو كالخمر ونكاح الشغار

[فائدة] لو أصدقها عتق أمته صح بلا نزاع لان لها فيه فائدة لما يحصل لها من ثواب العتق

(١) قوله « وان تزوجها على ألف الخ » هذا المذهب لان حال الأب غير معلومة فيكون مجهولا وحينئذ لها صداق نسائها . وعنه يصح لأن الالف معلومة وانما جهل الثانى وهو معلق على شرط

(٢) قوله « وان تزوجها على ألف ان لم الخ » اختاره أبو بكر والمصنف والشارح قال فى الانصاف وهو الصواب لأنها فى معنى ما تقدم . والمنصوص انه يصح وهو المذهب وكذا إن تزوجها على ألف ان لم يخرجها من دارها وعلى ألفين ان أخرجها لأن الألف معلومة وانما جهلت الثانية وهى معلقة على شرطه فان وجد الشرط كان زيادة فى الصداق والزيادة فيه صحيحة

(٣) قوله « واذا قال العبد الخ » هذا المذهب جزم به فى المغنى والشرح وغيرهما وكذا لو قالت اعتقتك على ان تتزوج بى لم يلزمه ذلك ويعتق

(٤) قوله « واذا فرض الصداق الخ » اعلم أن الصداق يجوز فرضه مؤجلا ومعجلا وبعضه مؤجلا واما أن شرطه مؤجلا ولم يذكر محله وهى مسئلة المصنف فالصحيح أنه يصح نص عليه لأن لذلك عرفا فوجب أن يصح ويحمل عليه ومحله الفرقة على المذهب وهو من مفرداته وهو قول النخعى والشعبى ، وعنه يكون حالا وبه قال الحسن وأبو حنيفة والثورى وأبو عبيد وعن مكحول والأوزاعى يحل الى=

فصل

وان أصدقها خمرا أو خنزيرا أو مالا مغصوبا صح النكاح ووجب مهر المثل(١) وعنه أنه يعجبه استقبال النكاح اختاره أبو بكر ، والمذهب صحته ، وان تزوجها على عبد فخرج حرا أو مغصوبا أو عصير فبان خمرا فلها قيمته(٢)، وان وجدت به عيبا فلها الخيار بين أخذ أرشه أو رده وأخذ قيمته(٣)

=سنة بعد الدخول بها واختار أبو الخطاب فساد المسمى ولها مهر المثل وهو قول الشافعي وقال الشيخ تقي الدين الأظهر انهم أرادوا بالفرقة البينونة فعلى هذا الرجعية لايحل مهرها الا بانقضاء عدتها فاما ان جعل الأجل مدة مجهولة كقدوم زيد ونحوه لم يصح للجهالة وانما صح المطلق لأن أجله الفرقة بحكم العادة وقد صرفه هنا عن العادة بذكر الأجل فيحتمل ان تبطل التسمية ويحتمل أن يبطل التأجيل ويحل

(١) قوله « وان أصدقها خمرا الخ » هذا المذهب نص عليه وبه قال عامة الفقهاء منهم الثورى والأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى لأنه لا يبطل بجهالة العوض فلا يفسد بتحريمه كالخلع ولأن فساد العوض لا يزيد على عدمه ويجب مهر المثل فى قول أكثر أهل العلم

(٢) قوله « وان تزوجها على عبد الخ » يعنى قيمته يوم التزويج وبه قال أبو يوسف والشافعى فى قديم قوله وقال فى الجديد لها مهر المثل وقال أبو يوسف ومحمد فى المغصوب كقولنا وفى الحر كقوله وأما العصير فقيل لها مثله وهو المذهب اختاره المصنف والشارح . وعند الشيخ تقي الدين لا يلزمه فى هذه المسائل شىء وكذا قال فى مهر معين بقدر حصوله

[فائدة] لو تزوجها على عبدين فبان أحدهما حرا فالصحيح من المذهب أن لها قيمة الحر فقط ولو تزوجها على عبد فبان نصفه مستحقا أو أصدقها ألف ذراع فبانت تسعمائة خيرت بين أخذه وقيمة التألف وبين قيمة الكل وتقدم اختيار الشيخ تقي الدين أنه لا يلزمه شىء

(٣) قوله « وان وجدت به عيبا الخ » وكذا لو بان ناقصا صفة شرطتها وحكم ذلك كله كالبيع كما تقدم وعنه لا أرش مع الامساك

فصل

وان تزوجها على ألف لها وألف لابيها صح وكانا جميعا مهرها(١) ، فان طلقها قبل الدخول بعد قبضهما رجع عليها بألف ولم يكن على الأب شيء مما أخذ(٢) فان فعل ذلك غير الأب فالكل لها دونه ، وللأب تزويج ابنته البكر والثيب بدون صداق مثلها وان كرهت(٣) ، وان فعل ذلك غيره باذنها

[فائدة] ذكر الزركشي عن الشيخ تقي الدين أنه ذكر في بعض قواعده جواز فسخ المرأة النكاح اذا ظهر المعقود عليه حرا أو مغصوبا أو معيبا والأصحاب على خلاف ذلك

(١) قوله « وإن تزوجها على ألف الخ » يجوز لأبي المرأة الحرة أن يشترط شيئا من صداقها لنفسه وبه قال اسحاق وقد روى عن مسروق انه زوج ابنته واشترط لنفسه عشرة آلاف بل يصح ولو اشترط كل الصداق لنفسه وهذا الصحيح من المذهب لان شعيبا زوج موسى عليه الصلاة والسلام على رعاية غنمه وذلك اشتراط لنفسه ولان للوالد الأخذ من مال ولده وقال عطاء وطاوس وعكرمة وعمر ابن عبد العزيز والثورى وأبو عبيد يكون ذلك كله للمرأة وقال الشافعي اذا فعل ذلك فلها مهر المثل وتفسد التسمية لأنه نقص من صداقها لأجل هذا الشرط الفاسد

(٢) قوله « فان طلقها قبل الخ » وهذا المذهب نص عليه لأنه اخذ من مال ابنته ألفا فلا يجوز الرجوع عليه بشيء قال في الشرح وأن شرط لنفسه جميع الصداق ثم طلق قبل الدخول بعد تسليم الصداق اليه رجع في نصف ما أعطى الأب لأنه الذى فرض لها ويحتمل أن يرجع عليها بنصفه ويكون ما أخذه الأب له انتهى

[فائدة] يملك الأب ما اشترط لنفسه بنفس العقد كما تملك هى حتى لو مات قبل القبض ورث عنه لكن يقدر فيه الانتقال الى الزوجة أولا ثم اليه كاعتق عبدك عن كفارتى ذكر ذلك ابن عقيل وقدمه الزركشي وقال القاضي والمصنف والشارح لا يملكه الا بالقبض مع النية لتملكه كسائر مالها

(٣) قوله « وللأب تزويج الخ » هذا المذهب مطلقا أى سواء كانت صغيرة أو كبيرة وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي ليس له ذلك فان فعل فلها مهر =

صح ولم يكن لغيره الاعتراض[١] ، فان فعله بغير إذنها وجب مهر المثل[٢] ويحتمل أن لايلزم الزوج إلا المسمى والباقى على الولى كالوكيل فى البيع ، وان زوج ابنه الصغير بأكثر من مهر المثل صح ولزم ذمة الابن[٣] ، فان كان معسرا فهل يضمنه الأب ، يحتمل وجهين[٤] . وللاب قبض صداق ابنته الصغيرة بغير إذنها[٥] ، ولا يقبض صداق الثيب الكبيرة إلا بإذنها[٦] ، وفى

=مثلها ولنا أن عمر خطب الناس فقال ألا لاتغالوا فى صداق النساء فما أصدق رسول الله ﷺ أحدا من نسائه ولا احدا من بناته أكثر من اثنتى عشرة أوقية وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكروه فكان اتفاقا ، وزوج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين وهو من أشراف قريش وسواء رضيت أو كرهت

(١) قوله « فان فعل ذلك الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب لأن الحق فى ذلك تمحض لها بخلاف تزويجها بغير كفو

على قوله « ولم يكن لغيره » ‌ أى من الأولياء

(٢) قوله « فان فعله بغير الخ » أى فيجب مهر المثل ويكمله الزوج على الصحيح من المذهب لأنه قيمة نفسها وليس للولى نقصها منه وقال فى الاقناع وان فعله بغير اذنها وجب مهر المثل ويكمله زوج ويكون الولى ضامنا . انتهى

على قوله « كالوكيل فى البيع » ‌ قال فى الانصاف وهو الصواب وقد نص عليه واختاره الشيخ تقى الدين وقدمه فى القواعد

(٣) قوله « وان زوج ابنه الخ » هذا المذهب قال القاضى رواية واحدة لان تصرف الأب ملحوظ فيه الصحة فكما يصح أن يزوج ابنته بدون مهر المثل للمصلحة فكذا يصح هنا تحصيلا لها

(٤) قوله « فان كان معسرا الخ » وهما روايتان أحدهما لا يضمنه كثمن مبيعه وهو المذهب

(٥) قوله « وللأب قبض الخ » هذا بلا نزاع لأنه يلى مالها فكان له قبضه كثمن مبيعها والسفيهة والمجنونة كذلك

(٦) قوله « ولا يقبض الخ » يعنى اذا كانت رشيدة وهذا المذهب لأنها المتصرفة فى مالها فاعتبر اذنها فى قبضه كثمن مبيعها

البكر البالغ روايتان[١]

فصل

وان تزوج العبد باذن سيده على صداق مسمى صح ، وهل يتعلق برقبته أو ذمة سيده ؟ على روايتين[٢] . وان تزوج بغير إذنه لم يصح النكاح[٣] ،

---

(١) قوله « وفى البكر الخ » يعنى الرشيدة إحداهما لا يقبضه الا باذنها وهى المذهب كالثيب ، والثانية بلى لانه العادة . فعلى الثانية يبرأ الزوج بقبض الأب وترجع على أبيها بما بقى لا بما انفق

(٢) قوله « وهل يتعلق برقبته الخ » احداهما يتعلق بذمة سيده وهو المذهب نقله الجماعة وكذلك النفقة وسواء ضمنهما أو لم يضمنهما وسواء كان مأذونا له فى التجارة أومحجورا عليه نص عليه . وعنه يتعلق برقبته قدمه فى المحرر والنظم وغيرهما الخ،وعنه يتعلق بكسبه فانه قال نفقته من ضريبته وقال ان كانت نفقته بقدر ضريبته أنفق عليها ولا يعطى المولى وان لم يكن عنده ما ينفق فرق بينهما وهذا قول الشافعى وفائدة الخلاف أنا اذا قلنا تتعلق بذمة السيد تجب النفقة عليه وان لم يكن للعبد كسب وليس للمرأة الفسخ لعدم كسبه وللسيد استخدامه ومنعه من التكسب وان قلنا يتعلق بكسبه فللمرأة الفسخ اذا لم يكن له كسب

[فائدتان] متى أذن له وأطلق لم ينكح الا واحدة نص عليه وزيادته على مهر المثل فى رقبته على الصحيح من المذهب ، وعنه بذمته ، وفى تناول النكاح الفاسد احتمالان قال فى الانصاف الصواب أنه لا يتناوله

(الثانية) لو كان الطلاق رجعيا فله الرجعة بدون اذن سيده لأن الملك قائم بعد وان كان الطلاق بائنا لم يملك اعادتها بغير اذنه

(٣) قوله « وان تزوج بغير اذن سيده الخ » أجمع العلماء على أن العبد ليس له أن ينكح بغير اذن سيده فان فعل لم ينفذ نكاحه فى قول الجميع قال ابن المنذر أجمعوا على أن نكاحه باطل قال المصنف والصحيح ما قلنا فانهم اختلفوا فى صحته فعن أحمد روايتان أظهرهما أنه باطل وهو المذهب وهو قول عثمان وابن عمر وبه قال شريح والشافعى وعنه أنه موقوف فان أجازه السيد والا بطل وهو قول =

وان دخل بها وجب فى رقبته مهر المثل(١) ، وعنه يجب خمسا المسمى اختاره الخرقى . وان زوج السيد عبده أمته لم يجب مهر ذكره أبو بكر(٢) ، وقيل يجب ويسقط ، وإن زوج عبده حرة ثم باعها العبد بثمن فى الذمة تحول صداقها أو نصفه إن كان قبل الدخول الى ثمنه(٣) ، وإن باعها إياه بالصداق صح قبل الدخول وبعده(٤) ، ويحتمل أن لا يصح قبل الدخول .

= أصحاب الرأى ولنا ما روى جابر أن النبى ﷺ قال أيما عبد تزوج بغير اذن سيده فهو عاهر رواه أحمد وأبو داود والترمذى وحسنه واسناده جيد لكن فيه محمد ابن عقيل وفيه كلام ورواه الخلال من حديث ابن عمر مرفوعا وانكره أحمد ورواه أبو داود وابن ماجه عن ابن عمر موقوفا فان فارقها قبل الدخول فلا شىء عليه لانه عقد باطل وهكذا سائر الانكحة لا توجب بمجردها شيئا

(١) قوله « فان دخل بها الخ » هذا المذهب نص عليه فعلى هذا يباع فيه الا أن يفديه السيد وروى عن أحمد أنه لا مهر لها وهذا يمكن حمله على ما قبل الدخول فيكون موافقا لرواية الجماعة ويمكن حمله على عمومه فى عدم الصداق وهو قول ابن عمر ورواه الأثرم عن نافع قال كان اذا تزوج مملوك لابن عمر بغير اذنه جلده الحد وأبطل صداقها

[تنبيه] مراده والله أعلم بالدخول فى قوله فان دخل بها الوطء وقد صرح به فى الوجيز وغيره فعلى هذا لا يجب بالخلوة اذا لم يطأ ، والظاهر أن هذا من الانكحة الفاسدة يعطى حكمها فى الخلوة على ما يأتى فى آخر الباب والخلاف فيه

[فائدة] يفديه سيده بالاقل من قيمته أو المهر الواجب

(٢) قوله « وان زوج السيد الخ » اختار هذا جماعة منهم القاضى وعنه يجب المهر ويتبع به بعد عتقه نقله سندى وهو المذهب قال فى المحرر وغيره وهو المنصوص وجزم به فى الوجيز والمنور

(٣) قوله « وان زوج عبده حرة الخ » يعنى يتحول صداقها أو نصفه الى ثمنه يعنى اذا قلنا يتعلق المهر برقبة العبد فأما ان قلنا يتعلق بذمة السيد وهو المذهب فان كان المهر وثمن العبد من جنس واتفقا فى الحلول أو التأجيل تقاصا

(٤) قوله « وان باعها إياه الخ » هذا المذهب نص عليه وعليه جماهير =

فصل

وتملك المرأة الصداق المسمى بالعقد(١)، فان كان معينا كالعبد والدار فلها التصرف فيه ونماؤه لها ونقصه وزكاته وضمانه عليها(٢) الا أن يمنعها قبضه فيكون ضمانه عليه(٣)، وعنه فيمن تزوج على عبد ففقئت عينه إن كانت قد قبضته فهو

= الأصحاب ويحتمل أن لا يصح قبل الدخول وهو رواية ذكرها فى الفروع والمستوعب وقال لانها متى ملكته انفسخ النكاح قال فعلى هذا يجب أن لا يصح شراؤها لزوجها قبل الدخول لأنه يبطل مهرها لأن الفرقة بسبب من جهتها واذا بطل المهر بطل الشراء قال وهذه إحدى مسائل الدور

[فائدة] لو جعل السيد العبد مهرها بطل العقد كمن زوج ابنه على رقبة من يعتق على الابن لو ملكه اذ نقدره له قبلها

(١) قوله « وتملك المرأة الخ » هذا المذهب نص عليه وعليه الأصحاب وهو قول عامة أهل العلم وعنه لا تملك الا نصفه وحكى عن مالك قال ابن عبد البر هذا موضع اختلف فيه السلف والآثار فاما الفقهاء اليوم فعلى انها تملكه ولقوله عليه الصلاة والسلام ان أعطيتها ازارك جلست ولا ازار لك فدل على أن الصداق كله للمرأة ولا يبقى للرجل فيه شيء

(٢) قوله « فان كان معينا الخ » أى وسواء كان النماء متصلا أو منفصلا وسواء فى الضمان كونها قبضته أم لم تقبضه وهذا المذهب . فعليها زكاته اذا تم عليه الحول نص عليه ولو زكت ثم طلقت قبل الدخول كان ضمان الزكاة عليها لأنها قد ملكته .

(٣) قوله « إلا أن يمنعها الخ » وهذا المذهب لانه غاصب أو بمنزلته وان زاد فالزيادة لها وان نقص فالنقص عليه وهو بالخيار بين أخذ نصفه ناقصا وبين أخذ نصف قيمته أكثر ما كانت من يوم العقد الى يوم القبض لأنه ان زاد بعد العقد فالزيادة لها وان نقص فالنقص عليه الا أن تكون الزيادة لتغير الأسعار

على قوله « فيكون ضمانه عليه » ، الا أن تتلفه هى فيكون اتلافها قبضا منها ويسقط عنه ضمانه

لها وإلا فهو على الزوج ، فعلى هذا لايدخل فى ضمانها الا بقبضه ، وان كان غير معين كقفيز من صبرة لم يدخل فى ضمانها ولم تملك التصرف فيه الا بقبضه كالمبيع[١]، وان قبضت صداقها ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصفه ان كان باقيا[٢] ويدخل فى ملكه حكما كالميراث[٣] ، ويحتمل أن لايدخل حتى يطالب به ويختار فما ينمى قبل ذلك فهو لها ، وان كان الصداق زيادة منفصلة رجع فى نصف الأصل والزيادة لها[٤]، وان كانت متصلة فهى مخيرة بين دفع نصفه زائدا وبين دفع نصف قيمته يوم العقد[٥] . وان كان ناقصا خير

على قوله « إلا بقبضه » ٭ ظاهر هذا أنه جعله قبل قبضه من ضمان الزوج بكل حال سواء كان معينا أو لم يكن وهذا مذهب الشافعى فعلى هذا يضمنه بمثله إن كان مثليا والا قيمته يوم العقد

(١) قوله « وان كان غير معين الخ » وتقدم الخلاف فى ذلك والصحيح من المذهب وما يحصل به القبض فى آخر خيار البيع فان هذا مثله عند الأصحاب

(٢) قوله « وان قبضت صداقها الخ » لقوله تعالى ﴿ وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ﴾ الآية وليس فى هذا اختلاف بحمد الله

(٣) قوله « ويدخل الخ » هذا المذهب لأن قوله تعالى ﴿ فنصف ما فرضتم ﴾ يدل عليه لأن التقدير فنصف ما فرضتم لكم فعلى هذا مايحدث من النماء يكون بينهما

على قوله « ويختار » ٭ وهذا قول أبى حنيفة

(٤) قوله « وان كان الصداق الخ » هذا الصحيح من المذهب نص عليه لان الطلاق قبل الدخول يقتضى الرجوع فى نصف الصداق وقد أمكن الرجوع فيه من غير ضرر والزيادة لها لأنها نماء ملكها . وعنه يرجع بنصفهما

على قوله « منفصلة » ٭ كالولد والثمرة

(٥) قوله « وان كانت متصلة الخ » اعلم أن الزيادة المتصلة للزوجة على الصحيح من المذهب وليس للزوج الرجوع فيها ، فعلى هذا يثبت ما ذكره المصنف لأنها ان اختارت دفع نصف الأصل زائدا كان ذلك اسقاطا لحقها من الزيادة وان اختارت دفع نصف قيمته كان لها ذلك لأنه لا يلزمها دفع نصف الأصل زائد لاشتماله على الزيادة التى لا يمكن فصلها عنه ويتخرج أن يجب دفعه بزيادته كالمنفصلة وأولى .

الزوج بين أخذه ناقصا وبين نصف القيمة وقت العقد[1]. وان كان تالفا أو مستحقا بدين أو شفعة فله نصف قيمته يوم العقد، الا أن يكون مثليا فيرجع بنصف مثله، وقال القاضى له القيمة أقل ما كانت من يوم العقد الى يوم القبض، وان نقص الصداق فى يدها بعد الطلاق فهل تضمن نصفه؟ يحتمل وجهين[2]. وان قال الزوج نقص قبل الطلاق وقالت بعده فالقول قولها بيمينها، والزوج هو الذى بيده عقدة النكاح فاذا طلق قبل الدخول فأيهما عفا لصاحبه عما وجب له من المهر وهو جائز الأمر فى ماله برىء منه صاحبه، وعنه أنه الأب فله أن يعفو عن نصف مهر ابنته الصغيرة اذا طلقت قبل الدخول

على قوله « متصلة » * كالسمن وتعلم صنعة وبهيمة حملت

(١) قوله « وان كان ناقصا الخ » هذا المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب لأنه اذا اختار ذلك فقد رضى باسقاط حقه وان لم يرض فلأن قبوله ناقصا ضرر عليه وهو منفى شرعا فعلى الأول هل له أرش النقص كما هو مختار القاضى فى تعليقه كالمبيع المعيب أو لا أرش كواجد شيئا عند المفلس وهو اختيار الاكثرين فيه قولان .

[فائدة] اذا تصرفت المرأة فى الصداق ببيع أو هبة مقبوضة أو عتق أو رهن أو كتابة منع ذلك الرجوع فى نصفه لأنه تصرف ينقل الملك ويثبت حق الزوج فى القيمة ان لم يكن الصداق مثليا ولا تمنع الوصية والشركة والمضاربة والايداع والاعارة والتدبير من الرجوع وان تصرفت باجارة وتزويج رقيق لم يمنع ويخير الزوج بين الرجوع فى نصفه ناقصا وبين الرجوع فى نصف قيمته فان رجع فى نصف المستأجر صبر حتى تنقضى الاجارة

(٢) قوله « وان نقص الصداق الخ » ان كانت منعته منه بعد طلبه منها حتى نقص أو تلف فعليها الضمان لانها غاصبة وان تلف أو نقص قبل المطالبة بعد الطلاق فقال المصنف هنا يحتمل وجهين أحدهما تضمنه وهو المذهب وسواء كان متميزا أو لا لأنه وجب له نصف الصداق فلم يدخل فى ضمانه الا بالقبض والثانى لا تضمنه اختاره المصنف والشارح وقالا هو قياس المذهب لأنه دخل فى يدها بغير فعلها ولا عدوان من جهتها فلم تضمنه كالوديعة

فصل

اذا أبرأت المرأة زوجها من صداقها أو وهبته له ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه(١)، وعنه لا يرجع بشيء(٢)، وان ارتدت قبل الدخول فهل يرجع عليها بجميعه ؟ على روايتين(٣) . وكل فرقة جاءت من الزوج كطلاقه وخلعه وإسلامه وردته أو من أجنبي كالرضاع ونحوه قبل الدخول يتنصف بها المهر بينهما(٤) ، وكل فرقة جاءت من قبلها كاسلامها وردتها ورضاعها

---

(١) قوله « اذا أبرات المرأة زوجها الخ » هذا المذهب لأن الطلاق قبل الدخول يقتضي الرجوع فى نصف الصداق وقد وجد ولا أثر لكونها ابرأته أو وهبته له لان ذلك حصل مستأنفا فلم يمنع استحقاق النصف كما لو وهبته لأجنبي فوهبه الأجنبي للزوج

(٢) قوله « وعنه الخ » أى لأن نصف الصداق تعجل بالهبة ولأن عقد الهبة لا يقتضي ضمانا وعنه يرجع مع الهبة دون الابراء صححه فى المحرر

[فائدتان] لو وهبته نصفه ثم تنصف رجع بالباقى على الرواية الأولى وبنصفه على الرواية الأخرى

(الثانية) لو قضى المهر أجنبي متبرعا ثم سقط أو تنصف فالراجع للزوج على الصحيح من المذهب وقيل الراجع للاجنبي المتبرع

(٣) قوله « وان ارتدت الخ » إحداهما يرجع بجميعه وهو الصحيح

(٤) قوله « وكل فرقة الخ » وكذا تعليق طلاقها على فعلها وتوكيلها فيه ففعلته فهما على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب لقوله تعالى ﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ﴾ الآية ثبت فى الطلاق والباقى قياسا عليه لأنه فى معناه . وقال الشيخ تقى الدين لو علق طلاقها على صفة وكانت الصفة من فعلها الذى لها منه بد وفعلته فلا مهر لها وقواه صاحب القواعد وانما تنصف المهر بالخلع لان المغلب فيه حال الزوج بدليل أنه يصح منها ومن غيرها وهو خلعه مع الأجنبي فصار كالمنفرد به وأما اذا جاءت الفرقة من الأجنبي كالرضاع ونحوه فانه يجب نصف المهر لانه لا جناية منها ويرجع الزوج بما لزمه على الفاعل لانه قرره عليه ويأتى فى كلام المصنف فى الرضاع

من ينفسخ به نكاحها وفسخها لعيبه أو إعساره وفسخه لعيبها يسقط به مهرها ومتعتها(١). وفرقة اللعان تخرج على روايتين(٢). وفى فرقة بيع الزوجة من الزوج وشرائها له وجهان(٣)، وفرقة الموت يستقر بها المهر كله كالدخول(٤)

[فائدة] لو أقر الزوج بنسب أو رضاع أو غير ذلك من المفسدات قبل منه فى انفساخ النكاح دون سقوط النصف ولو وطىء أم زوجته أو ابنتها بشبهة أو زنا انفسخ النكاح ولها نصف الصداق نص عليه

(١) قوله « وكل فرقة جاءت من قبلها الخ » اما اذا أسلمت أو ارتدت قبل الدخول فتقدم ذلك فى نكاح الكفار مستوفى وأما إذا جاءت الفرقة من قبلها برضاعها من يفسخ نكاحها فيأتى ذلك ان شاء الله تعالى فى كتاب الرضاع حيث قال فاذا أرضعت امرأته الكبرى الصغرى الخ وأما فسخها لعيبه وفسخه لعيبها فان ذلك يسقط به مهرها بلا خلاف فى المذهب الا توجيها لصاحب الفروع

[فائدة] لو شرط عليه شرط صحيح حالة العقد فلم يف به وفسخت سقط به مهرها على الصحيح من المذهب وعنه يتنصف بفسخها قبل الدخول

(٢) قوله « وفرقة اللعان الخ » إحداهما يسقط به المهر وهو المذهب لان الفسخ من قبلها لانه انما يحصل عن تمام لعانها

(٣) قوله « وفى فرقة الخ » احدهما يتنصف به المهر وهو المذهب لأنه فى حالة شرائها له تم بالسيد وبالمرأة أشبه الخلع وفى الثانية تم البيع بالزوج والسيد أشبه الخلع .

(٤) قوله « وفرقة الموت » هذا المذهب حرة كانت أو أمة لما روى معقل ابن سنان الأشجعى أن النبى ﷺ قضى فى بروع بنت واشق وقد نكحت بغير مهر فمات زوجها بمهر نسائها والميراث قال ابن حجر فى التلخيص رواه أحمد وأصحاب السنن وابن حبان والحاكم وصححه ابن مهدى والترمذى وقال ابن حزم لا مغمز فيه لصحة اسناده والبيهقى فى الخلافيات وقال الشافعى لا احفظه من وجه يثبت مثله وقال لو ثبت حديث بروع لقلت به ، قال الحاكم وقال شيخنا أبو عبد الله لو حضرت الشافعى لقمت على رؤوس الناس وقلت قد صح الحديث فقل به . انتهى ملخصا .

ولو قتلت نفسها لاستقر مهرها كاملا

[فوائد] إعلم أن المهر يتقرر كاملا سواء كانت حرة أو أمة باشياء ذكر المصنف منها الموت وهو بلا خلاف قاله فى الانصاف وذكر القتل وهو كالموت حتى انها سواء قتلت نفسها أو قتلها غيرها لانها فرقة حصلت بانقضاء الأجل. ومما يقرر المهر كاملا وطئها فى فرج حية لا ميتة ولو بوطئها فى الدبر على الصحيح من المذهب وقيل لا يقرره الوطء فى الدبر. ومنها الخلوة على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وان لم يطأ روى ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر وبه قال على ابن الحسين وعروة والزهرى والأوزاعى واسحاق وأصحاب الرأى وهو قول الشافعى القديم، وقال شريح والشعبى وطاوس وابن سيرين والشافعى فى الجديد لا يستقر الا بالوطء وحكى ذلك عن ابن مسعود وابن عباس. ولنا إجماع الصحابة فروى الامام أحمد والاثرم عن زرارة بن اوفى قال قضى الخلفاء الراشدون المهديون ان من أغلق بابا أو ارخى سترا فقد وجب المهر ووجبت العدة ورواه أيضا عن الأحنف عن عمر وعلى وعن سعيد بن المسيب وعن زيد بن ثابت عليها العدة ولها الصداق كاملا. وهذه قضايا اشتهرت ولم يخالفهم أحد فى عصرهم فكان إجماعا. وما رووه عن ابن عباس لا يصح وحديث ابن مسعود منقطع قاله ابن المنذر وهو من مفردات المذهب وقال فى القواعد من الاصحاب من حكى رواية بان المهر لا يستقر بالخلوة بمجردها بدون الوطء وانكر هذه الرواية الاكثرون فعلى المذهب يتقرر كاملا ان لم تمنعه بشرط أن يعلم بها على الصحيح من المذهب وعنه يتقرر وإن لم يعلم بها ويشترط فى الخلوة أن لا يكون عندهما مميز مطلقا على الصحيح من المذهب ويشترط أيضا أن يكون ممن يطأ مثله بمن يوطأ مثلها ولا يقبل دعواه عدم علمه بها والصحيح من المذهب ولو كان أعمى نص عليه لأن العادة لا يخفى عليه ذلك ويقبل قول مدعى الوطء على الصحيح من المذهب ولو خلا بها وبهما مانع شرعى كاحرام وحيض وصوم، أو حسى كجب ورتق ونضاوة تقرر المهر على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب قال الزركشى اتفقوا فيما علمت أن هذا المذهب انتهى وهو من مفرداته وقدمه المصنف والشارح وغيرهما وعنه لا يقرره ومما يقرره أيضا اللمس والنظر الى فرجها ونحوه لشهوة حتى تقبيلها بحضرة الناس نص عليه وهو من المفردات.

فصل

وإذا اختلف الزوجان فى قدر الصداق فالقول قول الزوج مع يمينه[١]، وعنه القول قول من يدعى مهر المثل منهما[٢] فان ادعى أقل منه وادعت أكثر منه رد اليه بلا يمين عند القاضى فى الأحوال كلها ، وعند أبى الخطاب تجب اليمين ، وان قال تزوجتك على هذا العبد قالت بل على هذه الأمة خرج على الروايتين ، فان اختلفا فى قبض المهر فالقول قولها[٣]، وإن اختلفا فيما يستقر به المهر فالقول قوله[٤] ، وان تزوجها على صداقين سرا وعلانية

---

(١) قوله « واذا اختلف الزوجان الخ » هذا المذهب نص عليه وهو قول الشعبى وابن أبى ليلى وابن شبرمة وأبى ثور وبه قال أبو يوسف ، الا أن يدعى مستنكرا بان يدعى مهرا لا يتزوج بمثله فى العادة لأنه منكر للزيادة فيدخل فى عموم قوله ﷺ ولكن اليمين على المدعى عليه

(٢) قوله « وعنه الخ » وبهذا قال أبو حنيفة وهو الذى ذكره الخرقى وعن الحسن والنخعى وحماد وأبى عبيد مثله ونصره القاضى وأصحابه وجزم به فى الوجيز لان الظاهر صدق من يدعيه فلو ادعت المرأة مهر المثل أو أقل منه قبل قولها وإن ادعى الزوج مهر المثل أو أكثر منه قبل قوله ولا فرق بين أن يكون هذا الاختلاف قبل الدخول أو بعده قبل الطلاق أو بعده . وعنه يتحالفان فان حلف أحدهما ونكل الآخر ثبت ما قاله الآخر وان حلفا وجب مهر المثل . وقال الشيخ تقى الدين يتخرج لنا كقول مالك إن كان الاختلاف قبل الدخول تحالفا وإن كان بعده فالقول قول الزوج فعلى هذه الرواية الثانية وهى ان القول قول من يدعى مهر المثل منهما لو ادعى أقل منه وادعت أكثر منه رد اليه بلا يمين عند القاضى فى الأحوال كلها . وقال المصنف فى المغنى اذا ادعى أقل من مهر المثل وادعت أكثر منه رد الى مهر المثل ولم يذكر أصحابنا يمينا . والاولى ان يتحالفا فان ما يقوله كل واحد منهما محتمل للصحة

(٣) قوله « فان اختلفا فى قبض المهر الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب قاطبة وذكر فى الواضح رواية أن القول قوله بناء على ما اذا قال كان له على كذا وقضيته

(٤) قوله « وان اختلفا فيما يستقر به المهر الخ » هذا بلا نزاع

أخذ بالعلانية[١] ، وإن كان قد انعقد بالسر ذكره الخرقى ، وقال القاضى ان تصادقا على السر لم يكن غيره[٢] ، وإن قال هو عقد واحد أسررته ثم أظهرته وقالت بل هو عقدان فالقول قولها مع يمينها

---

(١) قوله « وان تزوجها على صداقين الخ » وهذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب وبه قال الشعبي وابن أبى ليلى والثورى وأبو عبيد

(٢) قوله « وقال القاضى الخ » أى الواجب الذى انعقد به النكاح سرا كان أو علانية وحمل كلام أحمد على ان المرأة لم تقر بنكاح السر فثبت مهر العلانية لأنه الذى انعقد به النكاح وهذا قول سعيد بن عبد العزيز وأبى حنيفة والأوزاعى والشافعى ونحوه عن شريح والحسن والزهرى والحكم بن عتيبة ومالك واسحاق لأن العلانية ليس بعقد ولا يتعلق به وجوب شيء . ووجه الأول انه اذا عقد فى الظاهر عقدا بعد عقد السر فقد وجد منه بذل الزائد على مهر السر فيجب عليه ذلك كما لو زادها على صداقها

[تنبيه] قال المصنف فى المغنى ومن تابعه من الشارح وغيره وجه قول الخرقى انه اذا عقد فى الظاهر عقدا بعد عقد السر الخ قالوا ومقتضى ما ذكرناه من التعليل لكلام الخرقى انه ان كان مهر السر أكثر من العلانية وجب مهر السر لأنه وجب عليه بعقده ولم تسقطه العلانية فيبقى وجوبه انتهى

[فوائد] لو اتفقا قبل العقد على مهر وعقداه بأكثر منه تجملا مثل أن يتفقا على أن المهر ألف ويعقدا على ألفين فالصحيح من المذهب أن الألفين هى المهر جزم به المصنف والجد والشارح وغيرهم وقاله القاضى وغيره وهو مذهب الشافعى فعلى المذهب قال أحمد تفى بما وعدت به وشرطته من انها لا تأخذ الا مهر السر قال المصنف والشارح هذا على سبيل الاستحباب قال أبو حفص البرمكى يجب عليها الوفاء قال فى الانصاف وهو الصواب

(الثانية) افادنا المصنف رحمه الله بقوله وان تزوجها على صداقين الخ أن الزيادة فى الصداق بعد العقد تلحق به ويبقى حكمها حكم الأصل المعقود عليه فيما يقرره وينصفه وهو المذهب وعنه لا تلحق به وانما هى هبة تفتقر الى شروط الهبة فان طلقها بعد هبتها لم يرجع بشيء من الزيادة فعلى المذهب يملك الزيادة من حينها

فصل فى المفوضة

والتفويض على ضربين : تفويض البضع وهو ان يزوج الأب ابنته البكر [١] أو تأذن المرأة لوليها فى تزويجها بغير مهر ، وتفويض مهر وهو أن يتزوجها على ماشاءت أو شاء أجنبى ونحو ذلك فالنكاح صحيح ويجب مهر المثل بالعقد [٢] ولها المطالبة بفرضه [٣] ، فان فرضه الحاكم لم يجز إلا بمقداره وإن

(الثالثة) هدية الزوج ليست من المهر نص عليه فان كان قبل العقد وقد وعدوه بأنهم يزوجونه فزوجوا غيره رجع به قاله الشيخ تقى الدين واقتصر عليه فى الفروع قال فى الانصاف وهذا مما لا شك فيه وقال الشيخ تقى الدين أيضا ما قبض بسبب النكاح فكمهر وقال أيضا ما كتب فيه المهر لا يخرج منها بطلاقها

(١) قوله « والتفويض على ضربين تفويض البضع الخ » فعلم منه أن النكاح صحيح من غير تسمية صداق فى قول عامة أهل العلم لقوله تعالى ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن ﴾ الآية ولقول ابن مسعود وسيأتى وسواء تركا ذكر المهر أو شرطا نفيه مثل أن يقول زوجتك بغير مهر فيقبله كذلك ولو قال زوجتك بغير مهر فى الحال ولا فى المال صح أيضا . وقال بعض الشافعية لا يصح فى هذه الصورة لأنها تكون كالموهوبة وليس بصحيح فانه يصح فيما اذا قال زوجتك بغير مهر فيصح ههنا لأن معناهما واحد وليست كالموهوبة لأن الشرط يفسد ويجب المهر

(٢) قوله « وتفويض المهر الخ » أى لأنها لم تزوج نفسها الا بصداق لكنه مجهول فسقط لجهالته ووجب مهر المثل لقول ابن مسعود وقد سئل عن امرأة تزوجت برجل لم يفرض لها صداقا ولم يدخل بها حتى مات فقال ابن مسعود لها صداق نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن سنان فقال قضى رسول الله ﷺ فى بروع بنت واشق امرأة منا بمثل ما قضيت ففرح بها ابن مسعود . رواه الخمسة وصححه الترمذى ولفظه له

(٣) قوله « ولها المطالبة بفرضه » أى قبل الدخول فان امتنع اجبر عليه وبه قال الشافعى ولا نعلم فيه مخالفا فان اتفق الزوجان على فرضه جاز ما فرضاه قليلا كان أو كثيرا سواء كانا عالمين بمهر المثل أولا وقال الشافعى فى قول لا يصح بغير مهر المثل . ولنا ان الحق لهما لا يعدوهما لأنه اذا فرض لها كثيرا فقد بذل لها من ماله فوق ما يلزمه وان رضيت باليسير فقد رضيت بدون ما يجب لها

تراضيا على فرضه جاز ماتفقا عليه من قليل وكثير ، فان مات أحدهما قبل الاصابة ورثه صاحبه(١) ولها مهر نسائها(٢) ، وعنه أنه يتنصف بالموت(٣)

[فائدة] يجوز الدخول بالمرأة قبل اعطائها شيئا سواء كانت مفوضة أو مسمى لها وبه قال سعيد بن المسيب والحسن والنخعي والثوري والشافعي وروى عن ابن عباس وابن عمر والزهري وقتادة ومالك لا يدخل بها حتى يعطيها شيئا قال الزهري مضت السنة ان لا يدخل بها حتى يعطيها شيئا قال ابن عباس يخلع إحدى نعليه ويلقيها اليها . وروى أبو داود عن رجل من أصحاب النبي ﷺ أن عليا لما تزوج فاطمة اراد ان يدخل بها فمنعه النبي ﷺ حتى يعطيها شيئا فقال يا رسول الله ليس عندي شيء فقال اعطها درعك فأعطاها درعه ثم دخل بها . ورواه أبو داود والنسائي عن ابن عباس قال لما تزوج علي فاطمة فقال له رسول الله ﷺ أعطها شيئا قال ما عندي قال اعطها درعك الحطمية . ولنا حديث عقبة بن عامر في الذي زوجه النبي ﷺ ودخل بها ولم يعطها شيئا وروت عائشة رضي الله عنها قالت امرني رسول الله ﷺ ان ادخل امرأة على زوجها قبل ان يعطيها شيئا رواه ابن ماجه . والأخبار محمولة على الاستحباب

(١) قوله « وان مات الخ » هذا بغير خلاف

(٢) قوله « ولها مهر نسائها » هذا المذهب واليه ذهب ابن مسعود وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري واسحاق . وروى عن علي وابن عباس والزهري وربيعة ومالك لا مهر لها لأنها فرقة وردت على تفويض صحيح قبل فرض ومسيس فلم يجب لها مهر كفرقة الطلاق . ولنا حديث ابن مسعود . وقال أبو حنيفة كقولنا في المسلمة وكقولهم في الذمة

(٣) قوله « وعنه أنه يتنصف الخ » قال ابن عقيل لا وجه للتنصف عندي وقال الشيخ تقي الدين في القلب حزازة من هذه الرواية والمنصوص عنه في رواية الجماعة أن لها مهر المثل على حديث بروع قال ونقل عن أحمد رواية تخالف السنة واجماع الصحابة بل الأمة فان القائل قائلان قائل بوجوب مهر المثل وقائل بسقوطه فعلمنا ان ناقل ذلك غالط عليه والغلط إما في النقل أو ممن دونه في السمع أو في الحفظ أو في الكتاب اذ من أصل أحمد الذي لا خلاف عنه فيه انه لا يجوز الخروج عن أقوال الصحابة ولا يجوز ترك الحديث الصحيح من غير معارض له من جنسه وكان

إلا أن يكون قد فرضه لها ، فان طلقها قبل الدخول بها لم يكن عليه إلا المتعة[١] على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ، وأعلاها خادم وأدناها كسوة تجزئها فى صلاتها ، وعنه يرجع فى تقديرها إلى الحاكم ، وعنه يجب لها نصف مهر المثل ، وان دخل بها استقر مهر المثل ، وان طلقها بعد ذلك فهل تجب المتعة ؟ على روايتين أصحهما لاتجب[٢]

=شديد الانكار على من يخالف ذلك فكيف يفعله هو مع امامته من غير موافقة لاحد ومع أن هذا القول لاحظ له فى الآية ولا له نظير . هذا مما يعلم قطعا انه باطل انتهى .

(١) قوله « فان طلقها الخ » اذا طلق المفوضة قبل الدخول فلا يخلو اما أن يكون فرض لها صداقا أم لا فان كان ما فرض لها صداقا وهو مراد المصنف فلا يخلو اما ان يكون تفويض بضع أو تفويض مهر فان كان تفويض بضع فليس لها الا المتعة على الصحيح من المذهب نص عليه وهو قول ابن عمر وابن عباس والحسن وعطاء وجابر بن زيد والشعبى والنخعى والزهرى والثورى والشافعى وأبى عبيد وأصحاب الرأى لقوله تعالى ﴿ اذا نكحتم المؤمنات ﴾ الى قوله ﴿ فمتعوهن ﴾ ولقوله تعالى ﴿ وللمطلقات متاع ﴾ والأمر يقتضى الوجوب . وقال مالك والليث المتعة مستحبة غير واجبة وان كان تفويض مهر فقدم المصنف هنا انه ليس لها الا المتعة وهو إحدى الروايتين والمذهب منهما وهو مذهب أبى حنيفة لأنه خلا عقدها عن تسمية صحيحة فاشبهت التى لم يسم لها شىء وان كان فرض لها صداقا فالصحيح من المذهب وجوب نصف الصداق المسمى وعليه الأصحاب وعنه يسقط وتجب المتعة .

على قوله « وعنه يجب لها نصف مهر المثل » * وجزم به فى الوجيز وشرح ابن رزين وقدمه فى المغنى والشرح وغيرهما وهو مذهب الشافعى لأن هذه لها مهر واجب قبل الطلاق فوجب ان يتنصف كما لو سماه وهـذا الذى قدمه المصنف والشارح ومذهب الشافعى انما هو فى مفوضة المهر خاصة

(٢) قوله « وان طلقها الخ » أى لأن كل من وجب لها نصف المهر لم يجب لها متعة سواء كانت ممن سمى لها صداقا أولا لكن فرض لها بعد العقد وبه قال=

فصل

ومهر المثل معتبر بمن يساويها من نساء عصباتها كأختها وعمتها وبنت خيها وعمها ، وعنه يعتبر جميع أقاربها كامها وخالتها ، وتعتبر المساواة فى المال والجمال والعقل والأدب والسن والبكارة والثيوبة والبلد ، فان لم يكن فى نسائها إلا دونها زيدت بقدر فضيلتها ، فان لم يوجد إلا فوقها نقصت بقدر نقصها ، فان كانت عادتهم التخفيف على عشيرتهم دون غـــيرهم اعتبر ذلك ، وان كان عادتهم التأجيل فرض مؤجلا فى أحد الوجهين ، وان لم يكن لها أقارب اعتبر بنساء بلدها ثم بأقرب النساء شبها بها

فصل

وأما النكاح الفاسدفإذا افترقا قبل الدخول بطلاق أو غيره فلا مهر فيه(١)

= أبو حنيفة وروى عن أحمد لكل مطلقة متاع روى ذلك عن على بن أبى طالب والحسن وسعيد بن جبير وأبى قلابة والزهرى وقتادة والضحاك وأبى ثور لظاهر قوله ﴿ وللمطلقات متاع ﴾ والمذهب ان المتعة لاتجب الا لحرة أو سيد أمة على زوج بطلاق قبل الدخول لمن لامهر لها لقوله تعالى ﴿ لاجناح عليكم ـ الى قوله ـ ومتعوهن ﴾ ثم قال ﴿ وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة ﴾ الآية فخص الأولى بالمتعة والثانية بنصف المفروض مع تقسيمه النساء قسمين واثباته لكل قسم حكما مع أن أبا بكر قال العمل عندى على الثانية لولا تواتر الروايات عنه . واما المتوفى عنها فلا متعة لها بلا خلاف

على قوله « من نساء عصباتها » ﴾ أى من جهة أبيها وحدها

على قوله « وعنه يعتبر » ﴾ هذه المذهب لأن مطلق القرابة له اثر فى الجملة وأمها وخالتها يشملهم حديث ابن مسعود ولها مهر نسائها

(١) قوله « فان افترقا قبل الدخول الخ » اذا افترقا فى النكاح الفاسد قبل الدخول بغير طلاق ولا موت لم يكن لها مهر بلا نزاع ، وان كان بطـــلاق فجزم المصنف بأنه لا مهر لها وهو المذهب وان افترقا بموت فظاهر كلامه هنا انه لا مهر =

وان دخل بها استقر عليه المسمى(١) ، وعنه يجب مهر المثل وهى أصح ولا يستقر بالخلوة (٢) ، وقال أصحابنا يستقر ، ويجب مهر المثل للموطوءة بشبهة(٣)

═ لها وهو صحيح وهو المذهب وعليه الاصحاب لأن المهر يجب بالعقد والعقد فاسد فوجوده كعدمه كالبيع

(١) قوله « وان دخل بها الخ » هـذا المذهب لأن فى بعض ألفاظ حـديث عائشة ولها الذى أعطاها بما أصاب منها رواه أبو بكر البرقانى وأبو محمد الخلال باسنادهما وعنه يجب مهر المثل قال المصنف هنا وهى أصح واختاره الشارح وجزم بها فى الوجيز لقوله ﷺ فان اصابها فلها المهر بما استحل من فرجها فجعل لها المهر بالاصابة والاصابة انما توجب مهر المثل لان العقد ليس بموجب بدليل الخبر وانه لو طلقها قبل مسيسها لم يكن لها عليه شىء واذا لم يكن موجبا كان وجوده كعدمه وكوطء الشبهة ولأن التسمية لو فسدت لوجب مهر المثل وكذا اذا فسد العقد . وقال أبو حنيفة الواجب الاقل من المسمى أو مهر المثل

(٢) قوله « ولا يستقر بالخلوة » هذا اختيار المصنف والشارح وهو رواية وقاله أكثر العلماء كمن منعته الوطء أو افترقا بلا وطء ولا خلوة . والمذهب أنه يستقر بالخلوة نص عليه وعليه جماهير الأصحاب وهو من مفردات المذهب قياسا على العقد الصحيح . وفى المغنى الأول اولى لان الصداق انما أوجبه الوطء ولذلك لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول أشبه الخلوة بالأجنبية ولانه عليه الصلاة والسلام جعل المهر بما استحل من فرجها ولم يوجد ، لـكن هل يجب مهر المثل أو المسمى مبنى على الذى قبله

[فائدة] اذا تزوجت المرأة تزويجا فاسدا لم يحل تزويجها لغير من تزوجها حتى يطلقها أو يفسخ نكاحها فان امتنع الزوج من طلاقها فسخه الحاكم وهـذا المذهب نص عليه وقال الشافعى لا حاجة الى فسخ ولا طلاق لانه نكاح غير منعقد اشبه النكاح فى العدة ولنا انه نكاح يسوغ فيه الاجتهاد فاحتيج فى التفريق الى ايقاع فرقة ولأن تزويجها من غير فرقة يفضى الى تسلط زوجين عليها كل منهما يعتقد صحة نكاحه و فساد الآخر

(٣) قوله « ويجب مهر المثل الخ » وهذا المذهب قال الشارح بغير خلاف ═

والمكرهة على الزنا(1) ، ولا يجب معه أرش

=علمناه قال فى الانصاف وظاهر كلام الشيخ تقى الدين انه لايجب لها مهر لانه قال البضع انما يتقوم على زوج أو شبهة فتملكه به

(١) قوله « والمكرهة على الزنا » يعنى يجب لها مهر المثل وهو المذهب مطلقا وعنه يجب للبكر خاصة . وعنه لايجب لمكرهة اختاره الشيخ تقى الدين لأنه خبيث وهو مذهب أبى حنيفة

[فائدة] لو اكرهها ووطئها فى الدبر فلا مهر على الصحيح من المذهب اختاره المصنف والشارح .

[تنبيهان] : (الاول) يدخل فى عموم كلام المصنف الأجنبية وذوات محارمه وهو المذهب وهو مذهب النخعى ومكحول وأبى حنيفة والشافعى . وعنه لا مهر لذات محرمه وهو قول الشعبى

(الثانى) مفهوم كلام المصنف انه لا مهر للمطاوعة وهو صحيح وهو المذهب لانها باذلة فلم يجب لها شىء ويستثنى من ذلك الأمة فان المهر لا يسقط بذلك على الصحيح من المذهب ويأخذه السيد وقيل لا مهر لها

[فوائد] (*) اذا كان النكاح باطلا بالاجماع كالمزوجة والمعتدة اذا نكحها رجل فوطئها عالما بالحال وتحريم الوطء وهى مطاوعة فلا مهر لأنه زنا يوجب الحد وان جهلت تحريم ذلك أو كونها فى العدة فلها المهر لأنه وطء شبهة وقد روى أبو داود باسناده أن رجلا يقال له نصر بن اكتم نكح امرأة فولدت لأربعة اشهر فجعل النبى ﷺ لها الصداق بما استحل من فرجها فاذا ولدت (**) فاجلدها وروى سعيد فى سننه أن عبيد الله بن الحر تزوج بجارية من قومه فانطلق عبيد الله فلحق بمعاوية ومات أبو الجارية فزوجها أهلها رجلا يقال له عكرمة فبلغ ذلك عبيد الله فقدم فخاصمهم الى على فقصوا عليه قصتهم فرد عليه المرأة وكانت حاملا من عكرمة فوضعت على يدى عدل فقالت لعلى أنا أحق بمالى أو عبيد الله قال بل أنت أحق

(*) كذا ولم يذكر غير اثنتين

(**) كذا بالأصل وعبارة المغنى والشرح فجعل النبى صلى الله عليه وسلم لها الصداق . وفى لفظ قال الصداق بما استحللت من فرجها فاذا ولدت فاجلدوها

البكارة[١] ، ويحتمل أن يجب للمكرهة ، وإذا دفع اجنبية فأذهب عذرتها فعليه أرش بكارتها[٢]، وقال القاضي يجب مهر المثل ، وان فعل ذلك الزوج ثم طلق قبل الدخول لم يكن عليه إلا نصف المسمى[٣] ، وللمرأة منع نفسها حتى تقبض مهرها[٤] ، فان تبرعت بتسليم نفسها ثم أرادت المنع فهل لها

= بمالك قالت فاشهدوا أن ما كان لى عند عكرمة من صداق فهو له فلما وضعت ما فى بطنها ردها على عبيد الله وألحق الولد بابيه

(الثانية) لو وطىء ميتة لزمه المهر قال فى الفروع لزمه المهر فى ظاهر كلامهم وهو متجه وقال القاضي فى جواب مسئلة وطء الميتة : محرم ولا مهر ولا حد

(١) قوله « ولا يجب الخ » يعنى مع وجوب المهر للموطوءة بشبهة أو زنا وهذا المذهب نص عليه وعليه أكثر الأصحاب

[فائدة] يتعدد المهر بتعدد الزنا لا بتكرر الوطء بشبهة قاله فى الترغيب وغيره

(٢) قوله « وإذا دفع الخ » وكذا لو أزالها باصبع أو غيرها وهو المذهب لانه اتلاف جزء لم يرد الشرع بتقدير ديته فرجع فيها الى الحكومة كسائر ما لم يقدر وقال القاضي لها مهر المثل وهو رواية لما روى سعيد حدثنا هشيم حدثنا مغيرة عن ابراهيم ان رجلا كانت عنده يتيمة فخافت امرأته ان يتزوجها فاستغاثت بنسوة فاذهبن عذرتها وقالت لزوجها فجرت فاخبر على بذلك فارسل الى امرأته والنسوة فلما اتين لم يلبثن ان اعترفن بما صنعن فقال للحسن بن على اقض فيها فقال الحد على من قذفها والعقر عليها وعلى الممسكات والأول هو القياس لولا ما روى عن الصحابة

على قوله « فعليه ارش بكارتها » هذا المذهب

(٣) قوله « وان فعل ذلك الزوج الخ » هذا المذهب لقوله تعالى ﴿ وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ﴾ الآية ويتخرج أن يجب لها الصداق كاملا قال المصنف فى فتاويه لو طلق او مات عن من دخل بها فوضعت فى يومها ثم تزوجت فيه وطلق قبل دخوله ثم تزوجت فى يومها من دخل بها فقد استحقت فى يوم واحد بالنكاح مهرين ونصفا فيعايا بها قلت ويتصور اكثر من ذلك بان يطلق الثالث قبل الدخول وكذا رابع وخامس

(٤) قوله « وللمرأة الخ » أى الحالّ وحكاه ابن المنذر اجماعا وهذا اذا كانت =

ذلك ؟ على وجهين . وان أعسر بالمهر قبل الدخول فلها الفسخ ، وان اعسر بعده فعلى وجهين . ولا يجوز الفسخ الا بحكم حاكم

باب الوليمة

وهى اسم لدعوة العرس خاصة ، وهى مستحبة والاجابة اليها واجبة اذا عينه الداعى المسلم فى اليوم الأول ، فان دعا الجفلى كقوله يا أيها الناس تعالوا الى الطعام أو دعاه فيما بعد اليوم الأول أودعاه ذمى لم تجب الاجابة ، وسائر الدعوات والاجابة اليهامستحبة غيرواجبة ، وإذا حضروهو صائم صوما

= تصلح للاستمتاع فاما ان كانت لا تصلح للاستمتاع فالصحيح من المذهب ان لها المطالبة به ايضا ورجح المصنف فى المغنى خلافه وقال الشيخ تقى الدين الأشبه عندى ان الصغيرة يستحق المطالبة لها بنصف المهر لأن النصف يستحق بازاء الحبس وهو حاصل بالعقد والنصف الآخر بازاء الدخول فلا تستحقه الا بالتمكن

[فوائد] لو ابى كل من الزوجين التسليم أولا اجبر الزوج على تسليم الصداق اولا ثم تجبر هى على تسليم نفسها على الصحيح من المذهب وقيل يؤمر الزوج بجعله تحت يد عدل وهى تسلم نفسها واذا فعلت اخذته من العدل

(الثانية) لو كانت محبوسة او لها عذر يمنع التسليم وجب تسليم الصداق اليها على الصحيح من المذهب كمهر الصغيرة التى لا يوطأ مثلها كما تقدم وقيل لا يجب

(الثالثة) لو قبضت المهر ثم سلمت نفسها فبان معيبا فلها منع نفسها على الصحيح من المذهب

على قوله « حتى تقبض مهرها » ۞ اى الحال وحكاه ابن المنذر اجماعا

على قوله « على وجهين » ۞ أحدهما ليس لها ذلك وهو المذهب

على قوله « فلها الفسخ » ۞ يعنى اذا كان حالا وهو المذهب كما لو اعسر المشترى بالثمن قبل تسليم المبيع

على قوله « فعلى وجهين » ۞ أحدهما لها الفسخ اذا كانت غير عالمة لأنه تعذر عليها الوصول الى العوض

واجبا لم يفطر ، وان كان نفلا أو كان مفطرا استحب الأكل ، وان أحب دعا وانصرف ، فان دعاه اثنان اجاب اولهما ، فان استويا اجاب ادينهما ثم أقربهما جوارا ، فان علم أن فى الدعوة منكرا كالزمر والخمر وأمكنه الإنكار حضر وأنكر والا لم يحضر ، فان حضر وشاهد المنكر ازاله وجلس وان لم يقدر انصرف ، وان علم به ولم يره ولم يسمعه فله الجلوس (١) ، وان شاهد ستورا معلقة فيها صور الحيوان لم يجلس إلا ان تزال (٢) ، وان كانت

على قوله « بحكم حاكم » * وهذا المذهب

على قوله « والاجابة اليها واجبة » * هذا المذهب وذكر ابن عبد البر انه لا خلاف فيها اذا لم يكن فيها لهو ولما روى ابن عمر ان النبى ﷺ قال اذا دعى أحدكم الى الوليمة فليأتها متفق عليه وقال عليه الصلاة والسلام شر الطعام طعام الوليمة يدعى اليها الأغنياء ويترك لها الفقراء ومن لم يجب فقد عصى الله ورسوله رواه البخارى .

على قوله « وسائر الدعوات والإجابة اليها مستحبة » * وظاهر رواية ابن منصور ومثنى يجب لما روى ابن عمر مرفوعا قال اذا دعا أحدكم أخاه فليجب عرسا كان أو غيره رواه مسلم وأبو داود

(١) قوله « وان علم به الخ » ظاهره الخيرة بين الجلوس وعدمه وهو المذهب قال الامام أحمد لا بأس لأن المحرم رؤية المنكر وسماعه ولم يوجد واحد منهما

(٢) قوله « وان شاهد ستورا الخ » هذا المذهب فاذا كانت صورة الحيوان على الستور والحيطان وما لا يوطأ وامكنه حطها أو قطع راسها فعل ذلك وجلس وان لم يمكنه ذلك انصرف وعليه اكثر العلماء قال ابن عبد البر هذا اعدل المذاهب لان عائشة نصبت سترا وفيه تصاوير فدخل رسول الله ﷺ فنزعه قالت فقطعته وسادتين فكان يرتفق عليهما متفق عليه

[فائدة] اذا علم به قبل الدخول فهل يحرم الدخول ام لا . فيه الوجهان المتقدمان وجزم فى المغنى والشرح انه لا يحرم الدخول وهو المذهب

[تنبيه] اذا قطع رأس الصورة أو مالا تبقى الحياة بعد ذهابه او جعل له رأس منفصل عن البدن لم يدخل تحت النهى وان كان للذاهب تبقى الحياة بعده كاليد =

مبسوطة أو على وسادة فلا بأس بها(١)، وان سترت الحيطان بستور لاصور فيها او فيها صور غير الحيوان فهل تباح؟ على روايتين(٢)، ولا يباح الأكل بغير إذن ؛ والدعاء الى الوليمة اذن فيها ، والنثار والتقاطه مكروه(٣)، وعنه لا يكره

= والرجل والعين فهي صورة . وصنعة التصاوير محرمة على فاعلها للإخبار والأمر بعملها محرم كعملها

(١) قوله « وان كانت الخ » أي لأن فيه اهانة لها ولأن تحريم تعليقها انما كان لما فيه من التعظيم والاعزاز والتشبه بالأصنام التي تعبد وذلك مفقود في البسط ولقول عائشة رضى الله عنها رأيت النبي ﷺ متكئا على نمرقة فيها تصاوير رواه ابن عبد البر

(٢) قوله « وان سترت الحيطان الخ » مراده اذا كانت غير حرير أحدهما يكره وهو الصحيح من المذهب صححه في التصحيح وتصحيح المحرر واختاره المصنف وجزم به في المغنى والشرح في موضع وغيرهم وهو مذهب ابي حنيفة وهو عذر في ترك الاجابة الى الدعوة قال أحمد خرج أبو أيوب حين دعاه ابن عمر فرأى البيت قد ستر رواه الأثرم وابن عمر اقر على ذلك وقال أحمد دعي حذيفة فخرج وانما رأى شيئا من زي الأعاجم وكراهيته لما فيه من السرف وذلك لا يبلغ به التحريم والأخرى يحرم لما روى الخلال عن علي بن الحسين قال نهى رسول الله ﷺ ان تستر الجدر وكما لو كانت الستر حريرا

[تنبيه] محل الخلاف اذا لم يكن لحاجة فاما ان دعت الحاجة اليه من حر أو برد فلا بأس به ذكره المصنف والشارح وغيرهما وهو واضح

[تنبيه] ظاهر قوله فهل يباح ان الخلاف في الاباحة وعدمها وليس الأمر كذلك وانما الخلاف في الكراهة والتحريم فمراده بالاباحة الجواز الذي هو ضد التحريم .

[فائدة] لو كان فيه آنية ذهب أو فضة فهو منكر يخرج من أجله وكذا ما كان من الفضة مستعملا كالمكحلة

(٣) قوله « والنثار الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن النهبى والمثلة رواه أحمد والبخاري من حديث عبد الله بن =

ومن حصل فى حجره شيء منه فهو له ، ويستحب اعلان النكاح والضرب عليه بالدف

باب عشرة النساء

يلزم كل واحد من الزوجين معاشرة الآخر بالمعروف(١)، وان لايمطله بحقه ولا يظهر الكراهة لبذله ، واذا تم العقد وجب تسليم المرأة فى بيت الزوج اذا طلبها وكانت حرة يمكن الاستمتاع بها ولم تشترط دارها(٢) ، وان

= يزيد الأنصارى ولأن فيه تزاحما وقتالا وقد يأخذه من غيره أحب الى صاحبه وروى ذلك عن أبى مسعود البدرى وعكرمة وابن سيرين وبه قال مالك والشافعى وعنه ليس بمكروه اختاره أبو بكر وهو قول الحسن وقتادة والنخعى وأبى حنيفة وابن المنذر لما روى عبد الله بن قرط قال قرب للنبى ﷺ خمس بدنات أو ست فقال من شاء اقتطع رواه أبو داود وهذا جار مجرى النثار

(١) قوله « يلزم كل واحد الخ » لقوله تعالى ﴿وعاشروهن بالمعروف ، ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف﴾ قال أبو يزيد يتقون الله فيهن كما عليهن ان يتقين الله فيكم وقال ابن الجوزى وغيره هو الصحبة الجميلة والمعاشرة الحسنة قال ابن عباس انى لأحب ان اتزين للمرأة كما أحب ان تتزين لى فعلى هذا يلزم تحسين الخلق والرفق واستحبهما فى المغنى والشرح وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال استوصوا بالنساء خيرا فانها خلقت من ضلع أعوج وان أعوج شيء فى الضلع اعلاه فان ذهبت تقيمه كسرته وان تركته لم يزل أعوج فاستوصوا بالنساء متفق عليه ولفظه لمسلم وعن أم سلمة أن النبى ﷺ قال ايما امرأة ماتت وزوجها راض عنها دخلت الجنة رواه ابن ماجه والترمذى وقال حسن غريب فدل ان حق الزوج عليها آكد من حقها عليه

(٢) قوله « واذا تم العقد الخ » متى كان يمكن وطئها وطلبها الزوج وكانت حرة لزم تسليمها اليه على الصحيح من المذهب قال الامام أحمد تكون بنت تسع سنين قال القاضى هذا عندى ليس على سبيل التحديد وانما هو الغالب

[فوائد] لو كانت نضوة الخلقة وهو جسيم وطلبها لزم تسليمها فلو خشى عليها =

سألت الإنظار أنظرت مدة جرت العادة باصلاح أمرها فيها(١)، وان كانت أمة لم يجب تسليمها الا بالليل(٢). وله الاستمتاع بها مالم يشغلها عن الفرائض من غير إضرار بها، وله السفر بها الا أن تشترط بلدها، ولايجوز وطؤها فى

= استمتع منها كالاستمتاع من الحائض ولا يلزم تسليمها مع ما يمنع الاستمتاع بالكلية ويرجى زواله كاحرام وبرص وصغر ولو قال لاطأ. وفى حائض احتمالان

(الثانية) يقبل قول امرأة ثقة فى ضيق فرجها وقروح فيه وعبالة ذكره يعنى كبره ونحو ذلك وتنظرهما وقت اجتماعهما للحاجة ولو انكر ان وطأه يؤذيها لزمتها البينة

(الثالثة) اذا امتنعت قبل المرض ثم حدث بها المرض فلا نفقة لها

(١) قوله « وان سألت الإنظار الخ » قال فى الفروع وغيره لا لعمل جهاز وهذا المذهب لأن ذلك يسير جرت العادة بمثله يدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام لا تطرقوا النساء ليلا حتى تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة

(٢) قوله « وان كانت امة الخ » يعنى مع الاطلاق نص عليه فلو شرطه نهارا وجب تسليمها ليلا ونهارا وكذا لو بذله السيد بلا شرط عليه

[فوائد] الاولى ليس لزوج الأمة السفر بها وهل يملكه السيد بلا اذن الزوج سواء صحبه الزوج اولا فيه وجهان أحدهما له ذلك من غير اذنه على الصحيح جزم به فى المنور والمجرد للقاضى نقله المجد وقدمه فى الرعايتين والوجه الثانى ليس له ذلك صححه فى تصحيح المحرر قال المجد جزم به القاضى فى التعليق قلت وجزم به فى الاقناع فانه قال ولا لسيدها أى الأمة المزوجة ولو صحبه الزوج السفر بها بغير اذن الآخر لما فى ذلك من تفويت حقه عليه

(الثانية) يجوز للسيد بيع الأمة المزوجة لأنه عليه الصلاة والسلام اذن لعائشة فى شراء بريرة وهى ذات زوج

(الثالثة) قوله وله الاستمتاع بها الخ يعنى على أى صفة كانت اذا كان فى القبل ولو من جهة عجزها وذكر ابن الجوزى فى كتاب السر المصون ان العلماء كرهوا الوطء بين الإليتين لأنه يدعو الى الدبر

الحيض ولا فى الدبر(١) ، ولا يعزل عن الحرة إلا باذنها ، ولا عن الأمة إلا باذن سيدها، وله اجبارها على الغسل من الحيض والجنابة والنجاسة واجتناب المحرمات وأخذ الشعر الذى تعافه النفس ، الا الذمية فله اجبارها على غسل الحيض وفى سائر الاشياء روايتان

فصل

ولها عليه أن يبيت عندها ليلة من كل أربع ليال(٢)، وان كانت أمة فمن

(الرابعة) قال ابو حفص والقاضى اذا زاد الرجل على المرأة فى الجماع صولح على شىء منه وروى ذلك باسناده عن ابن الزبير انه جعل لرجل اربعا بالليل واربعا بالنهار وعن أنس انه صالح رجلا استعدى على امرأة على ستة قال القاضى لانه غير مقدر فقدر قال الشيخ تقى الدين فان تنازعا فيه فينبغى ان يفرضه الحاكم كالنفقة وكوطئه اذا اراد قال فى الانصاف ظاهر كلام اكثر الاصحاب خلاف ذلك وانه يطأ ما لم يشغلها عن الفرائض ولم يضرها بذلك

على قوله « فى الحيض » ✩ اجماعا للآية

(١)قوله « ولاالدبر » هذا بلا نزاع بين الأئمة وعن ابن عباس أن النبى ﷺ قال لا ينظر الله الى رجل جامع امرأته فى دبرها رواه ابن ماجه ولو تطاوعا على ذلك فرق بينهما فان وطئها فى الدبر فلا حد عليه لأن فى ذلك شبهة ويعزر لفعلهما المحرم وحكمه حكم الوطء فى القبل فى افساد العبادات وتقرير المهر ووجوب العدة فان كان الوطء فى اجنبية وجب حد اللوطى ولا مهر عليه ولا يحصل بوطء زوجته فى الدبر احصان ولا احـــلال للزوج الأول ولا يحصل به الفيئة ولا يزول به الاكتفاء بصماتها فى الإذن

على قوله « الا باذن سيدها » ✩ وهذا المذهب فيهما

(٢) قوله « ولها عليه الخ » وهذا من مفردات المذهب وقسم الابتداء واجب ومعناه انه اذا كانت له امرأة حرة لزمه المبيت عندها ليلة من اربع وان كان له نساء فلكل واحدة منهن ليلة من كل اربع وبه قال الثورى وأبو ثور وقال القـاضى لا يجب قسم الابتداء الا ان يترك الوطء مضرا فان تركه غير مضر لم يلزمه قسم =

كل ثمان(١) ، وقال أصحابنا من كل سبع ، وله الانفراد بنفسه فيما بقى(٢) ، وعليه وطؤها فى كل أربعة أشهر مرة ان لم يكن عذر(٣) ، وان سافر عنها

—————

= ولا وطء وقال الشافعى لا يجب قسم الابتداء بحال ولنا قوله ﷺ ان لجسدك عليك حقا وان لعينك عليك حقا وان لزوجك عليك حقا متفق عليه ولما روى الشعبى عن كعب بن سور انه كان جالسا عند عمر بن الخطاب لجاءت امرأة فقالت يا أمير المؤمنين ما رأيت رجلا قط افضل من زوجى والله انه ليبيت ليله قائما ويظل نهاره صائما فاستغفر لها واثنى عليها واستحيت المرأة وقامت راجعة . فقال كعب يا أمير المؤمنين هلا اعديت المرأة على زوجها فقال وما ذاك فقال انها جاءت تشكوه ، اذا كان هذا حاله فى العبادة متى يتفرغ لها ؟ فبعث عمر الى زوجها وقال لكعب اقض بينهما فانك فهمت من امرها ما لم أفهمه قال فانى ارى كانها امرأة عليها ثلاث نسوة هى رابعتهن فاقضى له بثلاثة ايام ولياليهن يتعبد فيهن ولها يوم وليلة . فقال عمر والله ما رأيك الأول باعجب الى من الآخر اذهب فانت قاض على البصرة . وفى لفظ قال عمر نعم القاضى انت رواه سعيد . وهذه قصة اشتهرت ولم تنكر فكانت اجماعا ولأنه لو لم يجب لها حق لملك الزوج تخصيص احدى زوجاته به

(١) قوله « وان كانت أمة الخ » الأول اختيار المصنف والشارح وجزم به فى التبصرة والعمدة لأنها على النصف من الحرة لأن زيادتها على ذلك يخل بالتنصيف والمذهب لها ليلة من كل سبع لأن اكثر ما يمكن ان يجمع معها ثلاث حرائر لهن ست ولها السابعة

(٢) قوله « وله الانفراد الخ » هذا المذهب

(٣) قوله « وعليه وطؤها الخ » هذا المذهب بلا ريب وعليه جماهير الأصحاب لأن الله تعالى قدره بأربعة أشهر فى حق المولى فكذلك فى حق غيره وقال الشافعى لا يجب عليه لأنه حق له واختار الشيخ تقى الدين وجوب الوطء بقدر كفايتها مالم ينهك بدنه أو يشغله عن معيشة من غير تقدير بمدة وقال الشيخ تقى الدين خرج ابن عقيل قولا أن لها الفسخ بالغيبة المضرة بها ولو لم يكن مفقودا كما لو كوتب فلم يحضر بلا عذر وقال المصنف فى المغنى فى امرأة من علم خبره كأسير ومحبوس لها الفسخ بتعذر النفقة من ماله والا فلااجماعا قال الشيخ تقى الدين لا اجماع وان تعذر =

أكثر من ستة أشهر فطلبت قدومه لزمه ذلك ان لم يكن عذر[١]، فان أبى شيئا من ذلك ولم يكن عذر وطلبت الفرقة فرق بينهما[٢]، وعنه مايدل على أن الوطء غير واجب فيكون هذا كله غير واجب. ويستحب أن يقول عند الجماع «بسم الله، اللهم جنبني الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتني[٣]». ولا يكثر الكلام حال الوطء، ولا ينزع اذا فرغ قبلها حتى تفرغ، وله الجمع بين

= الوطء لعجزه فهو كالنفقة واولى للفسخ بتعذره اجماعاً فى الايلاء وقاله ابو يعلى الصغير وقال أيضا حكمه كعنين

(١) قوله «وان سافر عنها الخ» اذا سافر عنها لعذر وحاجة سقط حقها من القسم والوطء وان طال سفره وان لم يكن عذر مانع من الرجوع فان أحمد ذهب الى توقيته بستة اشهر لحديث عمر وفيه ثم دخل يعنى عمر على حفصة فقال يابنية كم تصبر المرأة عن زوجها فقالت سبحان الله مثلك يسال مثلى عن هذا فقال لولا انى أريد النظر للمسلمين ما سالتك فقالت خمسة اشهر ستة اشهر فوقت للناس فى مغازيهم ستة اشهر يسيرون شهرا ويقيمون أربعة اشهر ويرجعون شهرا. وسئل أحمد كم للرجل ان يغيب عن اهله قال يروى ستة اشهر وقد يغيب اكثر من ذلك لأمر لابد له منه فان كان له عذر لم يلزمه القدوم لأن صاحب العذر يعذر من أجل عذره.

(٢) قوله «فان أبى الخ» ولو قبل الدخول وهذا المذهب نص عليه لما تقدم ولأنه فى معنى مول قال أحمد فى رواية ابن منصور فى رجل تزوج بامرأة ولم يدخل بها هل يجبر عليه قال: اذهب الى اربعة اشهر ان دخل بها والا فرق بينهما. وعنه لا يفرق وفى المغنى هو ظاهر قول أصحابنا وقاله اكثر الفقهاء لأنه لو ضربت له المدة لذلك وفرق بينهما لم يكن للايلاء اثر وقيل ان غاب اكثر من ذلك لغير عذر راسله الحاكم فان ابى ان يقدم فسخ نكاحه قلت وجزم بهذا القول صاحب الاقناع ولا يجوز الفسخ الا بحكم الحاكم لأنه مختلف فيه

(٣) قوله «ويستحب أن يقول عند الجماع الخ» وذلك لما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى ﷺ قال لو ان احدكم اذا اتى أهله قال بسم الله اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا فولد بينهما ولد لم يضره الشيطان متفق عليه

وطء نسائه وإمائه بغسل واحـــد[١] ، ويستحب الوضوء عند معاودة الوطء[٢] ، ولا يجوز الجمع بين زوجتيه فى مسكن واحد إلا برضاهما [٣] ، ولا يجامع إحداهما بحيث تراه الأخرى أو غيرها ، ولا يحدثها بما جرى بينهما وله منعها من الخروج عن منزله[٤] ، فان مرض بعض محارمهـا أو مات

---

(١) قوله « وله الجمع بين وطء نسائه الخ » لان رسول الله ﷺ طاف على نسائه فى ليلة بغسل واحد رواه أحمد والنسائى

(٢) قوله « ويستحب الوضوء الخ » نص عليه لما روى أبو سعيد مرفوعا قال اذا اتى أحدكم اهله ثم اراد أن يعود فليتوضأ رواه مسلم ورواه ابن خزيمة والحاكم وزاد فانه انشط للعود فان اغتسل بين الوطئين فهو أفضل لقول النبي ﷺ هو ازكى واطيب واطهر رواه أحمد وأبو داود من حديث ابى رافع

(٣) قوله « ولايجوز له الجمع بين زوجتيه الخ » هذا المذهب صغيرا كان المسكن أو كبيرا لأن اجتماعهما يثير العـــداوة والغيرة وينشر الخصومة والمقاتلة « الا برضاهما » لأن الحق لهما وقيل يحرم مع اتحاد المرافق ولو رضيتا . وقال المصنف فى المغنى والشارح وصاحب الترغيب وان اسكنهما فى دار واحدة كل واحدة منهما فى بيت جاز اذا كان فى مسكن مثلها

[فائدة] قال فى الفروع ظاهر كلام الاصحاب المنع من جمع الزوجـة والسرية الا برضا الزوجة كما لو كانا زوجتين لثبوت حقهما كالاجتماع والسرية لا حق لها فى الاجتماع قال وهذا متجه قال فى الانصاف وهو اولى بالمنع

(٤) قوله « وله منعها من الخروج الخ » أى ما لها منه بد سواء أرادت زيارة والديها أو عيادتهما أو حضور جنازة أحدهما لما روى انس رضى الله عنه أن رجلا منع زوجته الخروج فمرض أبوها فاستأذنت النبي ﷺ فقال لها اتقى الله ولا تخالفى زوجك فمات أبوها فاستأذنت فى حضور جنازته فقال لها كالأول فاوحى الله الى النبي ﷺ انى قد غفرت لها بطاعة زوجها رواه ابن بطة ولأن حق الزوج واجب فلا يجوز تركه بما ليس بواجب فلو خرجت بلا اذنه حرم ونقل أبو طالب اذا قام بحوائجها والا لا بد لها قال الشيخ تقى الدين فيمن حبسته بحقها ان خاف خروجهـا بلا اذنه اسكنها حيث لا يمكنها فان لم يكن له من يحفظها غير نفسه حبست معه =

استحب له أن يأذن لها فى الخروج اليه، ولا تملك المرأة إجارة نفسها للرضاع والخـــدمة بغير إذن زوجها [١] . وله أن يمنعها من رضاع ولدها ، إلا أن يضطر اليها وتخشى عليه [٢] .

فان عجز عن حفظها أو خيف حدوث شر اسكنت فى رباط ونحوه ومتى كان خروجها مظنة للفاحشة صار حقا لله يجب على ولى الأمر رعايته

[فوائد] : (الأولى) دل كلام المصنف بطريق التنبيه على انها لا تزور أبويها وهو المذهب وقيل لها زيارتهما ككلامهما

(الثانية) مفهوم قوله فان مرض بعض محارمها الخ انه لو مرض أو مات غير محارمها من اقاربها انه لا يستحب ان ياذن لها فى الخروج اليه وهو صحيح وهو المذهب .

(الثالثة) لا يملك الزوج منع ابويها من زيارتها على الصحيح من المذهب وقيل له منعهما قال فى الانصاف والصواب فى ذلك ان عرف بقرائن الحال انه يحدث بزيارتهما أو أحدهما له ضرر فله المنع والا فلا

(الرابعة) لا يلزمها طاعة أبويها فى فراق زوجها ولا زيارة ونحوه بل طاعة زوجها احق .

(الخامسة) ليس عليها عجن ولا طبخ ونحو ذلك على الصحيح من المذهب نص عليه وعليه اكثر الأصحاب وقال الشيخ تقى الدين يجب عليها المعروف من مثلها لمثله قال فى الانصاف والصواب ان يرجع فى ذلك الى عرف البلد

(١) قوله « ولا تملك المرأة الخ » هذا بلا نزاع لأنه يملك الاستمتاع بها وكونها تملك ذلك يؤدى الى فوات حقه فلو فعلته باذنه جاز فعلى هذا لو تزوجها بعد ان اجرت نفسها للرضاع لم يملك الفسخ مطلقا على الصحيح من المذهب وقيل يملكه ان جهله .

[فائدة] يجوز وطؤها بعد إجارتها نفسها مطلقا على الصحيح من المذهب وقيل ليس له ذلك ان اضر الوطء باللبن

(٢) قوله « وله أن يمنعها الخ » ان كان الولد لغير الزوج فله منعها من رضاعه

فصل فى القسم

وعلى الرجل أن يساوى بين نسائه فى القسم[١]، وعماد القسم الليل الا لمن معيشته بالليل كالحارس، وليس له البداية باحداهن ولا السفر بها إلا بقرعة، فاذا بات عندها بقرعة أو غيرها لزمه المبيت عند الثانية، وليس عليه التسوية بينهن فى الوطء بل يستحب، ويقسم لزوجته الامة ليلة وللحرة ليلتين وان كانت كتابية، ويقسم للحائض والنفسا والمريضة والمعيبة[٢]، وان دخل فى

═ الا ان يضطر اليها ويخشى عليه نص عليه وان كان الولد منهما فظاهر كلام المصنف هنا ان له منعها اذا انتفى الشرطان وهى فى حباله وهو احد الوجهين ولفظ الخرقى يقتضيه وهو ظاهر كلام القاضى والوجيز هنا والوجه الثانى ليس له منعها وهو المذهب وعليه جماهير الأصحاب وجزم به المصنف فى هذا الكتاب فى أول باب نفقة الاقارب والمماليك لقوله تعالى ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن ﴾ وهو خبر بمعنى الأمر

(١) قوله «وعلى الرجل أن يساوى بين نسائه الخ» لا نعلم فيه خلافا لقوله تعالى ﴿ وعاشروهن بالمعروف ﴾ وليس مع الميل معروف لقوله تعالى ﴿ ولا تميلوا كل الميل ﴾ الآية وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال من كان له امرأتان فمال الى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل وعن عائشة رضى الله عنها قالت كان النبى ﷺ يقسم فيعدل ويقول اللهم هذا قسمى فيما املك فلا تلمنى فيما تملك ولا املك يعنى القلب رواهما الخمسة ولفظهما لابى داود وخرج منه الطفل

[تنبيه] ظاهر قوله وعلى الرجل ان يساوى بين نسائه فى القسم انه لاتجب عليه التسوية فى النفقة والكسوة اذا كفى الأخرى وهو صحيح وهو المذهب وعليه الأصحاب وقال الشيخ تقى الدين تجب التسوية عليه فيهما أيضا وقال لما علل القاضى عدم الوجوب بقوله لان حقهن فى النفقة والكسوة والقسم وقد سوى بينهما وما زاد على ذلك فهو مقطوع له ان يفعله الى من شاء قال موجب هذه العلة ان له ان يقسم للواحدة ليلة من اربع لانه الواجب ويبيت الباقى عند الأخرى انتهى

(٢) قوله «ويقسم للحائض الخ» وكذا من آلى منها أو ظاهر والمحرمة ومن ═

ليلتها الى غيرها لم يجز الا لحاجة داعية ، فان لم يلبث عندها لم يقض ، وان لبث أو جامع لزمه أن يقضي لها مثل ذلك من حق الاخرى[١]، وان أراد النقلة من بلد الى بلد وأخذ إحداهن معه والأخرى مع غيره لم يجز إلا بقرعة ، ومتى سافر بها بقرعة لم يقض ، وان كان بغير قرعة لزمه القضاء للاخرى ، وان امتنعت من السفر معه أو من المبيت عنده أو سافرت بغير إذنه سقط حقها من القسم ، وان أشخصها هو فهي على حقها من ذلك ، وان سافرت لحاجتها باذنه فعلى وجهين . وللمرأة أن تهب حقها من القسم لبعض ضرائرها باذنه وله فيجعله لمن شاء منهن[٢]، فمتى رجعت فى الهبة عاد حقها[٣]، ولا قسم

= سافر بها بقرعة والزمنة والمجنونة المأمونة نص على ذلك واما الصغيرة فقال المصنف والشارح ان كانت توطأ قسم لها وهو أحد الوجهين وقيل ان كانت مميزة قسم لها والا فلا واقتصر عليه فى المحرر وغيره

(١) قوله « فان دخل فى ليلتها ـ الى قوله ـ من حق الأخرى » وهذا الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب لأن التسوية واجبة ولا يحصل الا بذلك وظاهره انه يلزمه القضاء ولو جامعها فى الزمن اليسير وهو الأصح فيدخل على المظلومة فى ليلة المجامعة فيجامعها ليعدل بينهما وقيل لا يقضى وطئا فى الزمن اليسير وقدمه ابن رزين فى شرحه لأن الوطء لا يستحق فى القسم

(٢) قوله « وللمرأة ان تهب الخ » لفعل سودة فانها وهبت لعائشة يومها فكان النبي ﷺ يقسم لعائشة يومها ويوم سودة متفق عليه . وشرطه ان ياذن فيه لان حقه على الواهبة ثابت فلا ينتقل الى غيرها الا برضاه وظاهره ولو ابت الموهوب لها ثم ان كانت ليلة الواهبة لا تلى الموهوبة لم يجز الموالاة بينهما لأن الموهوبة قائمة مقام الواهبة

[فائدة] لا يصح هبة ذلك بمال على الصحيح من المذهب جزم به فى الكافى والفروع وغيرهما من الأصحاب وقال الشيخ تقي الدين قياس المذهب جواز اخذ العوض عن سائر حقوقها من القسم وغيره ، ووقع فى كلام القاضى ما يقتضى جوازه .

(٣) قوله « فمتى رجعت فى الهبة الخ» هذا المذهب لانها هبة لم تقبض والمراد =

عليه فى ملك يمينه ، وله الاستمتاع بهن كيف شاء ، ويستحب التسوية بينهن وان لا يعضلهن ان لم يرد الاستمتاع بهن

فصل

وإذا تزوج بكرا أقام عندها سبعا ثم دار ، وان كانت ثيبا أقام عندها ثلاثا[١] ، فان أحبت أن يقيم عندها سبعا[٢] فعل وقضاهن للبواقى[٣] ، وان

= به العود فى المستقبل لا فيما مضى لأنه قد اتصل به القبض فعلى هذا اذا رجعت فى اثناء ليلتها لزم الزوج الانتقال اليها وان لم يعلم حتى اتم الليلة لم يقض لها

[فائدة] يجوز للمرأة بذل قسمها ونفقتها وغيرهما ليمسكها ولها الرجوع لأن حقها يتجدد شيئا فشيئا وقال فى الهدى يلزم ذلك ولا تطالبه لأنها معاوضة كما لو صالح عليه من الحقوق والأموال ولما فيه من العداوة ومن علامات المنافق اذا وعد اخلف واذا عاهد غدر انتهى قال فى الفروع كذا قال

(١) قوله « واذا تزوج بكرا الخ » لما روى أبو قلابة عن انس رضى الله عنه قال من السنة اذا تزوج الرجل البكر على الثيب اقام عندها سبعا وقسم واذا تزوج الثيب اقام عندها ثلاثا ثم قسم قال أبو قلابة لو شئت لقلت ان انسا رفعه الى النبى ﷺ متفق عليه ولفظه للبخارى وحينئذ يقطع الدور

(٢) قوله « فان أحبت الخ » ظاهره أن الخيرة لها وهو المذهب لما روت أم سلمة رضى الله عنها ان النبى ﷺ لما تزوجها اقام عندها ثلاثا وقال انه ليس بك هوان على اهلك فان شئت سبعت لك وان سبعت لك سبعت لنسائى رواه مسلم قال ابن عبد البر والأحاديث المرفوعة على ذلك وليس مع من خالفنا حديث مرفوع والحجة مع من أدلى بالسنة وروى ما ذكرناه عن انس وبه قال الشعبى والنخعى ومالك والشافعى وأبو عبيد وابن المنذر وروى عن سعيد بن المسيب والحسن وخلاس بن عمرو ونافع للبكر ثلاث وللثيب ليلتان ونحوه قال الأوزاعى وقال الحكم وحماد وأصحاب الرأى لا فضل للجديدة فى القسم وان اقام عندها شيئا قضاه للباقيات ، ولنا ما تقدم

(٣) قوله « فعل وقضى للبواقى » يعنى سبعاً سبعا وهو المذهب وعليه الأصحاب =

زفت اليه امرأتان قدم السابقة منهما ثم أقام عند الاخرى ثم دار ، فان زفتا معا قدم إحداهن بالقرعة ثم أقام عند الاخرى ، وان أراد السفر فخرجت بالقرعة لاحداهما سافر بها ودخل حق العقد فى قسم السفر ، فاذا قدم بدأ بالأخرى فوفاها حق العقد ، واذا طلق إحدى نسائه فى ليلتها أثم ، فان تزوجها بعد قضاها ليلتها ، وله أن يخرج فى نهار ليل القسم لمعاشه وقضاء حقوق الناس

فصل فى النشوز

وهو معصيتها إياه فيما يجب عليها(١) ، واذا ظهر منها أمارات النشوز بأن لا تجيبه الى الاستمتاع بها أو تجيبه متبرمة متكرهة وعظها فان أصرت هجرها فى المضجع ما شاء(٢)

وفى الكلام فيما دون ثلاثة أيام(٣) فان أصرت فله أن يضربها ضربا غير

= لقوله وان سبعت لك سبعت لنسائى وفى لفظ رواه الدارقطنى وان شئت اقمت عندك ثلاثا خالصة لك وان شئت سبعت لك ثم سبعت لنسائى وقال فى الروضة يقضى للبواقى من نسائه الفاضل عن الأيام الثلاثة

[فائدة] ظاهر كلامه وكلام غيره انه لا فرق فى ذلك بين الحرة والأمة فيقسم للأمة البكر سبعا وللثيب ثلاثا كالحرة وهو المذهب وعليه اكثر الأصحاب وقطع به فى المغنى والشرح وقدمه فى الفروع وقيل للامة نصف الحرة

(١) قوله « وهو معصيتها اياه الخ » النشوز كراهة كل واحد من الزوجين صاحبه وسوء عشرته يقال نشزت المرأة على زوجها فهى ناشزة وناشز ونشز عليها زوجها اذا جفاها واضر بها مأخوذ من النشز وهو الارتفاع فكأنها ارتفعت وتعلت فيما يجب عليها من طاعته

(٢) قوله « هجرها فى المضجع ما شاء » هذا المذهب لقوله تعالى ﴿ واهجروهن فى المضاجع ﴾ وقال ابن عباس لا تضاجعها فى فراشك لأن القرآن مطلق فلا تقييد بغير دليل .

(٣) قوله « وفى الكلام الخ » هذا المذهب لما روى أبو هريرة رضى الله عنه =

مبرح[1] فان ادعى كل واحد ظلم صاحبه له أسكنهما الحاكم الى جانب ثقة يشرف عليهما ويلزمهما الانصاف[2] فان خرجا الى الشقاق والعداوة بعث الحاكم حكمين حرين مسلمين عدلين والاولى أن يكونا من أهلهما برضاهما وتوكيلهما فيكشفان عن حالها ويفعلان ما يريانه من جمع بينهما أو تفريق بطلاق أو خلع[3]، فان امتنعا من التوكيل لم يجبرا[4] ويحتمل أن الزوج وكل فى الطلاق

= أن النبي ﷺ قال « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام » وقد هجر النبي ﷺ نساءه فلم يدخل عليهن شهرا متفق عليه

[تنبيه] مفهوم قوله « فان أصرت فله أن يضربها الخ » أنه لا يملك ضربها إلا بعد هجرها فى الفراش وتركها من الكلام وهو صحيح وهو المذهب

(١) قوله « فله أن يضربها ضربا غير مبرح » أى غير شديد للخبر الصحيح قال الأصحاب عشرة فاقل

[فائدة] لا يملك الزوج تعزيرها فى حق الله قدمه فى الفروع نقل مهنا هل يضربها على ترك زكاة قال لا أدرى قال فى الفروع وفيه ضعف لأنه نقل عن الإمام أحمد يضربها على فرائض الله قال فى الانتصار وذكر غيره يملكه وقطع فى المغنى والشرح وغيرهما يجوز تاديبها على ترك الفرائض وسأل اسماعيل بن سعيد أحمد عن ما يجوز ضرب المرأة عليه قال على فرائض الله وقال فى الرجل له امرأة لا تصلى يضربها ضربا رفيقا وقال الامام أحمد اخشى ان لا يحل للرجل ان يقيم مع امرأة لا تصلى ولا تغتسل من الجنابة ولا تعلم القرآن

(٢) قوله « فان ادعى كل واحد الخ » الصحيح من المذهب وعليه اكثر الأصحاب ان الاسكان الى جانب ثقة قبل بعث الحكمين كما قطع به المصنف هنا لأن ذلك طريق الى الانصاف فتعين فعله

(٣) قوله « فان خرجا الى الشقاق الخ » اشتراط الاسلام والعدالة متفق عليه فى الحكمين وقطع المصنف هنا باشتراط الحرية فيهما وهو الصحيح من المذهب

(٤) قوله « فان امتنعا من التوكيل لم يجبرا الخ » اعلم أن الصحيح من المذهب ان الحكمين وكيلان عن الزوجين لا يرسلان الا برضاهما وتوكيلهما فان امتنعا من =

بعوض أو غيره ووكلت المرأة فى بذل العوض برضاها والا جعل الحاكم اليهما ذلك(١) فان غاب الزوجان أو أحدهما لم ينقطع نظر الحكمين على الرواية الاولى وينقطع على الثانية وان جنا انقطع نظرهما على الاولى ولم ينقطع على الثانية

كتاب الخلع

واذا كانت المرأة مبغضة للرجل وتخشى ان لا تقيم حدود الله فلا بأس أن تفتدى نفسها منه(٢) وإن خالعته لغير ذلك كره ووقع

= التوكيل لم يجبرا عليه قال الزركشى هذا المشهور عند الأصحاب حتى ان القاضى فى الجامع الصغير والشريف ابا جعفر وابن البنا لم يذكروا خلافا ولا يملكان التفريق الا باذنهما وهذا مذهب عطاء واحد قولى الشافعى وحكى ذلك عن الحسن وابى حنيفة لأنهما رشيدان والبضع حق الزوج والمال حق الزوجة فلم يجبرا على التوكيل منهما كغيرهما من الحقوق

(١) قوله « وعنه ان الزوج الخ » فهذا يدل على انهما حكمان يفعلان ما يريان من جمع أو تفريق بعوض أو غيره من غير رضا الزوجين قال الزركشى وهو ظاهر الآية الكريمة انتهى. واختاره ابن هبيرة والشيخ تقى الدين وهو ظاهر كلام الخرقى قاله فى الفروع وروى نحو ذلك عن على وابن عباس وابى سلمة بن عبد الرحمن والشعبى والنخعى وسعيد بن جبير ومالك والأوزاعى واسحاق وابن المنذر لأن الله تعالى سماهما حكمين وعن عبيدة السلمانى أن رجلا وامرأته اتيا عليا مع كل منهما فئام من الناس فقال على ابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها فبعثوا حكمين ثم قال للحكمين هل تدريان ما عليكما من الحق ان رأيتما ان تجمعا جمعتما وان رايتما ان تفرقا فرقتما فقالت المرأة رضيت بكتاب الله لى وعلى وقال الرجل اما الفرقة فلا فقال على كذبت حتى ترضى بما رضيت به رواه أبو بكر وهذا يدل على انه اجبره على ذلك ولا يمتنع ان تثبت الولاية على الرشيد عند امتناعه من اداء الحق كالمدين الممتنع وطلاق الحاكم على المؤلى

(٢) قوله « واذا كانت المرأة الخ » أى فيباح للزوجة والحالة هذه على الصحيح من المذهب واما الزوج فالصحيح من المذهب انه يستحب له الاجابة اليه =

الخلع (١) وعنه لايجوز ، فأما ان عضلها لتفدى نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود والزوجية بحالها (٢) الا أن يكون طلاقا فيكون

= وعليه الأصحاب واختلف كلام الشيخ فى وجوب الاجابة اليه والأصل فيه قوله تعالى ﴿ فان خفتم ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ ولقول ابن عباس رضى الله عنهما جاءت امرأة ثابت بن قيس الى النبى ﷺ فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما اعيب عليه فى دين ولا خلق ولكنى اكره الكفر فى الاسلام فقال النبى ﷺ اتردين عليه حديقته قالت نعم فامرها بردها وامره ففارقها رواه البخارى وبه قال جميع الفقهاء فى الأمصار الا بكر بن عبد الله المزنى لم يجزه

على قوله « مبغضة للزوج » * لخلقه أو خلقه أو دينه أو كبره أو ضعفه أو نحو ذلك

(١) قوله « وان خالعته لغير ذلك الخ » أى لغير سبب مع استقامة الحال وهذا المذهب وعليه الجمهور منهم أبو حنيفة والثورى ومالك والأوزاعى والشافعى وعنه لا يجوز ولا يصح واليه ميل المصنف والشارح واختاره أبو عبد الله بن بطة وانكر جواز الخلع مع استقامة الحال وصنف فيه مصنفا وهو قول ابن المنذر وداود قال ابن المنذر وروى معنى ذلك عن ابن عباس وكثير من اهل العلم لأن الله تعالى قال ﴿ إلا ان يخافا ان لا يقيما حدود الله ﴾ وهذا صريح التحريم اذا لم يخافا ان لا يقيما حدود الله ثم قال ﴿ فان خفتم ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ فدل بمفهومه على ان الجناح لا حق بهما اذا افتدت من غير خوف وقوله عليه الصلاة والسلام ايما امرأة سألت زوجها الطلاق فى غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة رواه أبو داود من حديث ثوبان ووجه الأول قوله تعالى ﴿ فان طبن لكم عن شىء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا ﴾ قال المصنف والحجة مع من حرمه وخصوص الآية فى التحريم يجب تقديمها على آية الجواز مع ما عضدها من الأخبار

[فائدة] لا يفتقر الخلع الى حاكم نص عليه رواه البخارى عن عمر وعثمان وبه قال شريح والزهرى ومالك والشافعى واسحاق واهل الرأى وعن الحسن وابن سيرين لا يجوز الا عند السلطان

(٢) قوله « فأما إن عضلها الخ » أى بأن ضاررها بالضرب والتضييق عليها =

رجعيا(١) . ويجوز الخلع من كل زوج يصح طلاقه مسلما كان أو ذميا(٢) فان كان محجورا عليه دفع المال الى وليه وان كان عبدا دفع المال الى سيده(٣) وقال القاضى يصح القبض من كل من يصح خلعه(٤) . وهل للأب خلع

ـــــــــــــــ

= ظلما اومنعها حقها من النفقة والقسم ونحوه وروى نحوذلك عن ابن عباس وعطاء ومجاهد والشعبي والنخعى والقاسم بن محمد وعروة وعمرو بن شعيب وحميد بن عبد الرحمن والزهرى وبه قال مالك والشافعى والثورى واسحاق وقال أبو حنيفة العقد صحيح والعوض لازم وهو آثم عاص ولنا قوله ﴿ ولا يحل لكم ان تأخذوا ﴾ الآية وقال ﴿ ولا تعضلوهن ﴾ الآية فعلى هذا الزوجية بحالها لان المقتضى للفرقة الخلع الصحيح ولم يوجد

(١) قوله « إلا أن يكون طلاقا فيقع رجعيا » اى اذا لم تملك العوض وقلنا الخلع طلاق وقع الطلاق بغير عوض فان كان اقل من ثلاث فله رجعتها لأن الرجعة انما سقطت بالعوض فاذا سقط العوض ثبتت الرجعة ان كانت بلفظ طلاق او نيته والا فهو لغو . وقال مالك ان اخذ منها شيئا على هذا الوجه رده ومضى الخلع عليه قال الشارح ويتخرج لنا مثل ذلك اذا قلنا يصح الخلع بغير عوض

[فائدة] يستثنى صور منها اذا ضربها لتركها فرضا او على نشوزها أو منعها حقها من اجله لم يحرم خلعها ومنها اذا ضربها لسوء خلقه لا يريد بذلك الفداء لم يحرم خلعها لأنه لم يعضلها ليذهب ببعض ما آتاها وهو آثم بالظلم ومنها اذا زنت فعضلها لتفتدى جاز وصح الخلع نص عليه لقوله تعالى ﴿ الا ان يأتين بفاحشة مبينة ﴾

[فائدة] اذا قالت بعنى عبدك هذا وطلقنى بالف ففعل صح ويقسط الالف على الصداق المسمى وقيمة العبد على الأشهر

(٢) قوله « ويجوز الخلع الخ » هذا بلا نزاع لأنه اذا ملك الطلاق بغير عوض فبالعوض اولى

(٣) قوله « فان كان محجورا عليه الخ » هذا المذهب

(٤) قوله « وقال القاضى الخ » اى لأنه يصح منه احد ركنى المعاوضة وهو العقد فيصح منه قبض العوض الذى هو الركن الآخر قياسا عليه فعلى هذا يصح =

زوجة ابنه الصغير أو طلاقها ؟ على روايتين[١] ، وليس له خلع ابنته الصغيرة بشيء من مالها [٢] . ويصح الخلع مع الزوجة ومع الاجنبي[٣] ويصح بذل

= قبض المحجور عليه والعبد لان من صح خلعه صح قبضه العوض كالمحجور عليه لفلس ونص عليه أحمد فى العبد قال فى الشرح والأولى انه لا يجوز فعلى المذهب ان سلمت العوض الى المحجور عليه لم تبرأ فان اخذه الولى منه برئت

(١) قوله « وهل للأب الخ » إحداهما ليس له ذلك وهو المذهب وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام « الطلاق لمن أخذ بالساق » رواه ابن ماجه والدارقطني باسناد فيه ضعف ولأنه اسقاط لحقه فلم يملكه كالابراء واسقاط القصاص . والثانية له ذلك نصره القاضي وأصحابه وهو قول عطاء وقتادة لأنه يصح ان يزوجه بعوض فلأن يصح ان يطلق عليه بعوض بطريق الأولى . قال أبو بكر والعمل عندى على جواز ذلك وذكر فى الترغيب انها اشهر فى المذهب وذكر الشيخ تقي الدين انها ظاهر المذهب

[فائدة] وكذا الحكم فى أبي المجنون وسيد الصغيرة والمجنون خلافا ومذهبا

(٢) قوله « وليس له خلع ابنته الصغيرة الخ » وهذا المذهب وعليه اكثر الأصحاب لأن فيه اسقاط نفقتها وكسوتها وبذل مالها فعليه لو فعل كان الضمان عليه نص عليه . وقيل له ذلك وهو رواية فى المبهج قال أبو بكر والعمل عندى على جواز ذلك قال المصنف فى المغني والشارح ويحتمل ان يملك ذلك اذا رأى الحظ فيه وهو مذهب مالك . وقال الشيخ تقي الدين والاظهر ان المرأة اذا كانت تحت حجر الاب ان له ان يخالع بمالها اذا كان لها فيه مصلحة ويوافق ذلك بعض الروايات عن مالك ويخرج على أصول أحمد انتهى . قال فى الانصاف وهو الصواب

(٣) قوله « ومع الاجنبي » ولو بغير اذن المرأة مثل ان يقول الأجنبي للزوج طلق امرأتك بالف على وهذا الصحيح من المذهب وهو قول اكثر اهل العلم وقال ابو ثور لا يصح لأنه سفه . ولنا انه بذل مال فى اسقاط حق عن غيره فصح كما لو قال الق متاعك فى البحر وعلى ثمنه وكذا لو قال على مهرها أو سلعتها وانا ضامن أو على الف فى ذمتها وانا ضامن فيجيبه فيصح ويلزم الأجنبي وحده بذل العوض فان لم يضمن حيث سمى العوض منها لم يصح وقال الشيخ تقي الدين ينبغي أن يكون =

العوض فيه من كل جائز التصرف . وان خالعت الامة بغير اذن سيدها على شيء معلوم كان فى ذمتها تتبع به بعد العتق(١) ، وان خالعته المحجور عليها لم يصح الخلع(٢) ووقع طلاقه رجعيا(٣) والخلع طلاق بائن إلا أن يقع بلفظ

= ذلك مشروطا اى صحة الخلع مع الأجنبي بما اذا كان قصده تخليصها من رق الزوج لمصلحتها فى ذلك ونقل مهنا عن الامام أحمد فى رجل قال لرجل طلق امرأتك حتى اتزوجها ولك الف درهم فأخذ منه الالف ثم قال لامرأته انت طالق فقال سبحان الله رجل يقول لرجل طلق امرأتك حتى اتزوجها لا يحل هذا

[فوائد] اذا قالت امرأته طلقنى وضرتى بألف فطلقهما وقع بهما بائنا واستحق الألف على ما ذكرته وان طلق إحداهما فقال القاضى تطلق بائنا ويلزم الباذلة بحصتها من الألف وقياس قول اصحابنا فيما اذا قالت طلقنى ثلاثا بالف فطلقها واحدة ان لا يلزم الباذلة هنا شيء لأنه لم يجبها الى ما سألت وان قالت طلقنى بالف على ان تطلق ضرتى أو على ان لا تطلق ضرتى فالخلع صحيح والشرط والبذل لازم

(الثانية) يجوز فى الحيض وطهر أصابها فيه

(الثالثة) اذا قال طلق بنتى وانت برئ من صداقها فطلق بانت ولم يبرأ ويرجع على الأب نص عليهما لأنه غره . وحمله القاضى على ان الزوج كان جاهلا بان ابراء الأب صحيح فان علم ان ابراء الآب غير صحيح لم يرجع وطلاقه رجعى وقاله فى الشرح وقدمه فى الرعاية

(١) قوله « فان خالعت الامة الخ » جزم المصنف هنا بصحة خلع الامة بغير اذن سيدها وجزم به غيره وهو مشكل اذ المذهب انه لا يصح تصرف العبد بغير اذن سيده فى ذمته وقيل لا يصح بدون اذن سيدها كما لو منعها فخالعت وهو المذهب

(٢) قوله « وان خالعته المحجور عليها الخ » هذا المذهب ولو اذن فيه الولى لانه لا اذن له فى التبرع

على قوله « لم يصح الخلع » * مراده المحجور عليها للسفه أو الصغر أو الجنون . واما المحجور عليها للفلس فانه يصح خلعها ويرجع عليها بالعوض اذا فك عنها الحجر وايسرت

(٣) قوله « ووقع طلاقه رجعيا » يعنى اذا وقع بلفظ الطلاق او نوى به =

الخلع أو الفسخ أو المفاداة(١) ولا ينوى به الطلاق فيكون فسخا لا ينقص به عدد الطلاق فى احدى الروايتين وفى الرواية الاخرى هو طلاق بائن بكل حال ولا يقع بالمعتدة من الخلع طلاق ولو واجهها به وان شرط الرجعة فى الخلع لم يصح الشرط فى أحد الوجهين وفى الآخر يصح الشرط ويبطل العوض

= الطلاق فاما ان وقع بلفظ الخلع أو الفسخ أو المفاداة ولم ينو به الطلاق فهو كالخلع بغير عوض وسيأتى حكمه

على قوله « والخلع » ۞ صريحه الخلع والمفاداة والفسخ وكنايته الأبانه والتبرية

(١) قوله « والخلع طلاق بائن الخ » اختلفت الرواية عن أحمد فى الخلع اذا لم ينو به الطلاق فعنه انه فسخ وهذا الصحيح من المذهب وروى ذلك عن ابن عباس وطاوس وعكرمة واسحاق وابى ثور وهو احد قولى الشافعى وعنه انه طلقة بائنة بكل حال روى ذلك عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن وقبيصة وشريح ومجاهد وابى سلمة بن عبد الرحمن والنخعى والشعبى والزهرى ومكحول وابن ابى نجيح ومالك والثورى والأوزاعى وأصحاب الرأى وقد روى عن عثمان وعلى وابن مسعود لكن ضعف أحمد الحديث عنهم وقال ليس لنا فى الباب شىء اصح من حديث ابن عباس انه فسخ واحتج ابن عباس بقوله تعالى ﴿ الطلاق مرتان ﴾ ثم قال ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ ثم قال ﴿ فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ﴾ فذكر تطليقتين والخلع وتطليقة بعدها فلو كان الخلع طلاقا لكان اربعا. وقال الشيخ تقى الدين والخلع فسخ باى لفظ كان ولو وقع بصريح الطلاق وليس من الطلاق الثلاث وهذا هو المنقول عن ابن عباس واصحابه وعن الامام أحمد وقدماء اصحابه ولم يفرق احد من السلف ولا أحمد بن حنبل ولا قدماء اصحابه فى الخلع بين لفظ ولفظ لا لفظ الطلاق ولا غيره بل الفاظهم كلها صريحة فى انه فسخ بأى لفظ كان قال عبد الله رأيت ابى يذهب الى قول ابن عباس وابن عباس يقول كل ما اجازه المال فليس بطلاق . انتهى

على قوله « وفى الرواية الأخرى هو طلاق بائن بكل حال » ۞ وفائدة الخلاف اذا قلنا بانه طلاق حسب ونقص به عدد طلاقه وان قيل هو فسخ لم تحرم عليه وان خالعها مائة مرة وتبين بالخلع على كلتا الروايتين فلا يملك رجعتها إلا بشرطه كالبيع .

فصل

ولا يصح الخلع إلا بعوض فى أصح الروايتين فان خالعها بغير عوض لم يقع الا أن يكون طلاقا فيقع رجعيا(١) والأخرى يصح بغير عوض اختارها الخرقى(٢) ولا يستحب أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها (٣) فان فعل كره وصح

على قوله « ولو واجهها به » * وهذا المذهب لما روى الشافعى انبأنا مسلم عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس وابن الزبير انهما قالا لا يلحق المختلعة الطلاق فى العدة ولم يعرف لهما مخالف فكان كالاجماع وبه قال مالك والشافعى

على قوله « فى احد الوجهين » * وهذا المذهب وبه قال ابو حنيفة وتستحق المسمى فى الخلع على الصحيح من المذهب وقيل يجب مهر مثلها . وقال الشيخ تقى الدين قياس المذهب صحة هذا الشرط كما لو بذلت مالا على ان تملك امرها ولان الاصل جواز الشرط فى العقود

على قوله « ويبطل » * اى يقع رجعيا بلا عوض وهذا منصوص الشافعى

(١) قوله « فان خالعها بغير عوض الخ » يشترط لصحة الخلع ان يكون بعوض فان كان بغير عوض لم يصح وهذا المذهب نص عليه . نقل مهنا اذا قال اخلعى نفسك فقالت خلعت نفسى لم يكن خلعا الا على شيء الا ان يكون نوى الطلاق فيكون ما نوى ولأن العوض ركن فيه فلم يصح تركه كالثمن فى البيع فان لم ينو به الطلاق لم يقع شيء وان تلفظ به من غير عوض ونوى الطلاق كان طلاقا رجعيا لأنه يصلح كناية عن الطلاق وهذا قول ابى حنيفة والشافعى

(٢) قوله « والأخرى الخ » فروى عنه ابنه عبد الله قال قلت لابى رجل علقت به امرأته تقول اخلعنى قال قد خلعتك قال يتزوج بها ويجدد نكاحها جديدا وتكون عنده على ثنتين فظاهر هذا صحة الخلع بغير عوض وهو قول مالك لأنه قطع للنكاح فصح من غير عوض كالطلاق

(٣) قوله « ولا يستحب أن يأخذ الخ » اذا تراضيا على الخلع بشيء صح وان كان اكثر من الصداق وهذا قول اكثر اهل العلم روى ذلك عن عثمان وابن عمر وابن عباس وعكرمة ومجاهد وقبيصة والنخعى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى وروى عن ابن عمر وابن عباس انهما قالا لو اختلعت امرأة من زوجها بميراثها =

وقال أبو بكر لا يجوز وترد الزيادة وان خالعها بمحرم كالخمر والحر فهو كالخالع بغير عوض[١] وان خالعها على عبد فبان حرا أو مستحقا فله قيمته عليها[٢] ، وان بان معيبا فله ارشه أو قيمته ويرده وان خالعها على رضاع

= وعقاص راسها كان ذلك جائزا . وقال عطاء وطاوس والزهري وعمرو بن شعيب لا يأخذ أكثر مما اعطاها وروى ذلك عن على باسناد منقطع واختاره أبو بكر فان فعل رد الزيادة واحتجوا بما روى ان جميلة بنت سلول اتت النبي ﷺ قالت والله ما اعيب على ثابت فى خلق ولا دين ولكن اكره الكفر فى الاسلام لا اطيقه بغضا فقال لها النبي ﷺ اتردين عليه حديقته قالت نعم فامره النبي ﷺ ان يأخذ منها حديقته ولا يزداد رواه ابن ماجه . ولنا قوله تعالى ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ ولانه قول من سمينا من الصحابة وقالت الربيع بنت معوذ اختلعت من زوجي بما دون عقاص راسي فاجاز ذلك على لكن لا يستحب ان يأخذ اكثر مما اعطاها وهذا المذهب وبه قال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي والحكم وحماد واسحاق وأبو عبيد ولم يكرهه أبو حنيفة ومالك والشافعي

(١) قوله « وان خالعها بمحرم الخ » يعني اذا علما تحريم ذلك فاذا علماه فلا شيء له وهو كالخلع بغير عوض على ما مر وهذا الصحيح من المذهب وبه قال أبو حنيفة ومالك لأن الخلع مع العلم بتحريمه يدل على رضا فاعله بغير شيء وقال الشافعي له عليها مهر المثل لانه معاوضة بالبضع فاذا كان محرما وجب مهر المثل كالنكاح .

على قوله « وان خالعها بمحرم » * يعلمانه فلو جهلا التحريم صح وكان له بدله

(٢) قوله « وان خالعها على عبد الخ » اذا خالعها على عوض فبان غير مال أو انه ليس له مثل ان يخالعها على عبد بعينه فبان حرا أو مغصوبا أو على خل فبان خمرا فالخلع صحيح فى قول اكثر اهل العلم لان الخلع معاوضة فلا يفسد بفساد العوض كالنكاح ويرجع عليها بقيمته اذا لم يكن مثليا فان كان مثليا فله مثله وهذا الصحيح من المذهب وقال الشافعي يرجع بمهر المثل

على قوله « ويرده » * وهذا المذهب وعنه لا ارش مع الامساك

ولده عامين(١) أو سكنى دار صح(٢) فان مات الولد أو خربت الدار رجع باجرة باقى المدة ، وان خالع الحامل على نفقة عدتها صح وسقطت(٣)

---

(١) قوله « وان خالعها على رضاع الخ » وهذا المذهب وبه قال الشافعى لان هذا مما يصح المعاوضة عليه فى غير الخلع ففيه اولى فلو خالعها على رضاع ولده مطلقا صح وينصرف الى ما بقى من الحولين او هما نص عليه

(٢) قوله « أو سكنى دار » أى معينة صح وهذا المذهب ويشترط تعيين المدة كالاجارة وكذا لو خالعها على نفقة الطفل او كفالته فعلى المذهب هل يرجع عليها اذا خربت الدار بالأجرة دفعة واحدة أو يستحقه يوما فيوما فيه وجهان أحدهما يرجع به يوما فيوما قال فى الانصاف وهو اولى واقرب الى العدل

[فائدة] موت المرضعة وجفاف لبنها فى اثناء المدة كموت المرتضع فى الحكم على ما تقدم وكذا كفالة الولد مدة معينة ونفقته لكن قال فى الرعاية لو مات فى الكفالة فى اثناء المدة فانه يرجع بقيمة كفالة مثلها لمثله ولو اراد الزوج ان يقيم بدل الرضيع من ترضعه او تكفله فابت او أرادته هى فابى لم يلزما

قوله « رجع بأجرة باقى المدة » اى من اجرة الرضاع والدار

(٣) قوله « وان خالع الحامل الخ » هذا المذهب وحكى عن أبى حنيفة وقال الشافعى لا تصح النفقة فان خالعها به وجب مهر المثل ولنا انها احدى النفقتين فصحت المخالعة عليها كنفقة الصبى

[فائدتان] العوض فى الخلع كالعوض فى البيع والصداق ان كان مكيلا أو موزونا لم يدخل فى ضمان الزوج ولم يملك التصرف فيه الا بقبضه وان كان غيرهما دخل فى ضمانه بمجرد الخلع وصح تصرفه فيه قال أحمد فى امرأة قالت لزوجها اجعل امرى بيدى ولك هذا العبد ففعل ثم خيرت فاختارت نفسها بعد ما مات العبد جائز وليس عليها شىء . قال ولو اعتقت العبد ثم اختارت نفسها لم يصح عتقها

(الثانية) لا يحصل الخلع بمجرد بذل المال وقبوله من غير لفظ الزوج فلا بد من الإيجاب والقبول فى المجلس قال القاضى هذا الذى عليه شيوخنا البغداديون . وذهب ابو حفص العكبرى وابن شهاب الى وقوع الفرقة بقبول الزوج العوض

فصل

ويصح الخلع بالمجهول[١] وقال أبو بكر لا يصح والتفريع على الأول فاذا خالعها على مافى يدها من الدراهم أو مافى بيتها من المتاع فله ما فيها[٢] **فان لم يكن** فيها شيء فله ثلاثة دراهم وأقل ما يسمى متاعا ، وقال القاضى يرجع عليها بصداقها فى مسئلة المتاع وان خالعها على حمل أمتها أو ما تحمل شجرتها فله ذلك[٣] فان لم يحملا فقال احمد ترضيه بشيء وقال القاضى لا شيء له وان خالعها على

---

(١) قوله « ويصح الخلع بالمجهول » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب لان الطلاق معنى يجوز تعليقه بالشرط فجاز بالمجهول كالوصية . وقال أبو بكر لا يجوز وهو قياس قول أحمد وجزم به أبو محمد الجوزى لأنه معاوضة فلم يصح بالمجهول كالبيع .

على قوله « بالمجهول » * والمعدوم

(٢) قوله « فاذا خالعها الخ » ان كان فى يدها شيء من الدراهم فهى له لا يستحق غيرها ولو كان دون ثلاثة دراهم وهو المذهب لأن ذلك هو المخالع عليه وجهالته لا تضر وقيل يستحق ثلاثة دراهم كاملة وان لم يكن فى يدها شيء فجزم المصنف هنا بان له ثلاثة دراهم وجزم به غيره ونص عليه واما اذا لم يكن فى يدها متاع فله اقل ما يسمى متاعا وهو المذهب لأن ذلك اقل ما يقع عليه اسم الدراهم والمتاع حقيقة .

على قوله « وقال القاضى يرجع عليها بصداقها فى مسئلة المتاع » * لأنها فوتت عليه البضع ولا يحصل له العوض لجهالته فوجب عليها قيمة ما فوتت عليه وهو الصداق .

(٣) قوله « وان خالعها على ما تحمل الخ » ما قدمه المصنف هو المذهب لأن الحمل هو المخالع عليه ولو كان معدوما اذ لا اثر له فان لم تحملا ارضته بشيء لئلا يخلو الخلع عن عوض

على قوله « وقال القاضى لاشيء له » * لانه رضى بالحمل ولا حمل وتأول قول أحمد على الاستحباب لأنه لو كان واجبا لقدره بتقدير يرجع اليه

عبد فله أقل ما يسمى عبدا (١) وان قال ان أعطيتنى عبدا فأنت طالق طلقت بأى عبد أعطته طلاقا بائنا وملك العبد نص عليه(٢) ، وقال القاضى يلزمها عبد وسط فيهما وان قال ان اعطيتنى هذا العبد فأنت طالق فأعطته اياه طلقت(٣) فان خرج معيبا فلا شىء له وان خرج مغصوبا لم يقع الطلاق(٤) وعنه يقع وله قيمته وكذلك فى التى قبلها وان قال ان اعطيتنى ثوبا هرويا فأنت

---

(١) قوله « وان خالعها على عبد الخ » هذا الصحيح من المذهب نص عليه لأنه خالعها على مسمى مجهول فكان له أقل ما يقع عليه الاسم وقيل يجب مهرها وقال القاضى يلزمها عبد وسط

(٢) قوله « وان قال إن أعطيتنى عبدا الخ » الصحيح من المذهب أنها تطلق بأى عبد أعطته يصح تمليكه نص عليه لأن الشرط عطية عبد وقد وجد ويقع الطلاق بائنا لأنه على عوض او يملك العبد لأنه عوض خروج البضع

[فائدتان] لو أعطته مدبرا او معلقاً عتقه بصفة وقع الطلاق قاله فى المغنى والشرح وغيرهما

(الثانية) لو بان مغصوبا أو حرا أو مكاتبا لم تطلق كتعليقه على هروى فتعطيه مرويا قاله فى الفروع وهو الصحيح لأن العطية انما تتناول مايصح تمليكه وكذا لو بان مرهونا وعنه يقع الطلاق وله قيمته

على قوله « وان قال ان اعطيتنى عبدا » * او بعيرا او بقرة او شاة او غير ذلك من المبهمات

على قوله « وسط فيهما » * أى كالصداق وتاول كلام أحمد على ذلك على قوله إن اعطته معيبا أو دون الوسط فله رده وأخذ بدله

(٣) قوله « وان قال ان اعطيتنى هذا العبد الخ » وهذا المذهب نص عليه واختاره المصنف والشارح وابو الخطاب وغيرهم لتحقيق وجود الشرط وتقع بائنا

(٤) قوله « وان خرج مغصوبا الخ » وهذا المذهب لان العطية انما تتناول ما يصح تمليكه وما لا يصح تمليكه لا يكون عطية

[فائدة] اذا خالعها على عبد موصوف فى الذمة فاعطته اياه معيبا بانت وله طلب عبد سليم بتلك الصفة وان اعطته قيمته لزمه قبولها

طالق فأعطته مرويا لم تطلق(١) وان خالعته على هروى بان قالت اخلعنى على هذا الثوب الهروى فبان مرويا فله الخيار بين رده وامساكه وعند أبى الخطاب ليس له غيره ان وقع الخلع على عينه

فصل

اذا قال ان اعطيتنى أو اذا اعطيتنى أو متى أعطيتنى الفا فأنت طالق كان على التراخى أى وقت أعطته ألفا طلقت(٢) وان قالت له اخلعنى بألف أو على

---

(١) قوله « وان قال ان أعطيتنى ثوبا الخ » أى بلا نزاع لأن الصفة التى علق عليها الطلاق لم توجد وان خالعته على مروى فى الذمة فاتته بهروى صح وخير وان خالعها على ثوب على انه قطن فبان كتانا رده ولم يكن له امساكه لانه جنس آخر وكل موضع علق طلاقها على عطيتها اياه فتى اعطته على صفة يمكنه القبض وقع الطلاق سواء قبضه منها أو لا فان هرب الزوج أو غاب قبل عطيتها أو قالت يضمنه لك زيد أو اجعله قصاصا بمالى عليك أو احالته به لم يقع الطلاق . وكذلك كل موضع تعذر العطية فيه سواء كان التعذر من جهتها أو جهته أو جهة غيرهما لانتفاء الشرط . ولو قالت طلقنى بالف فطلقها استحق الألف وبانت وان لم تقبض نص عليه لأن هذا ليس تعليقا على شرط بخلاف الأول . واذا تخالعا على حكم احدهما أو غيرهما أو بمثل ما خالع به زيد زوجته صح بالمسمى

على قوله « وان خالعته على هروى » * بان قالت اخلعنى على هذا الثوب الهروى .

(٢) قوله « اذا قال إن أعطيتنى الخ » تعليق الطلاق على شرط العطية والضمان أو التملك لازم فى حق الزوج لزوما لا سبيل الى دفعه ويقع الطلاق بائنا بوجود الشرط سواء كانت العطية على الفور أو التراخى وهذا المذهب وعليه الأصحاب . وقال الشيخ تقى الدين ليس بلازم من جهته كالكتابة عنده ووافق على شرط محض كإن قدم زيد فانت طالق . وقال فى التعليق الذى يقصد به ايقاع الجزاء ان كان معاوضة فهو معاوضة ثم ان كانت لازمة فلازم والا فلا يلزم الخلع قبل القبول ولا الكتابة وقول من قال التعليق لازم دعوى مجردة ويأتى ان شاء الله فى أوائل تعليق الطلاق بالشروط وقال الشافعى اذا قال متى اعطيتنى أو متى ما اعطيتنى أو

الف ، أو طلقنى بألف أو على ألف ففعل بانت واستحق الألف[١]. وان قالت

= اى حين أو اى زمان اعطيتنى فانت طالق كان على التراخى وان قال ان اعطيتنى أو اذا اعطيتنى الفاً فانت طالق كان على الفور فان اعطته جوابا لكلامه وقع الطلاق وان تأخر الاعطاء لم يقع لأن قبول المعاوضات على الفور فاذا لم يوجد منه تصريح بخلافه وجب حمل ذلك على المعاوضات بخلاف متى واى فان فيهما تصريحا بالتراخى واما ان واذا فانهما يحتملان الفور والتراخى فاذا تعلق بهما العوض حملا على الفور ولنا انه علق الطلاق بشرط الاعطاء فكان على التراخى كسائر التعليق

[تنبيه] مراده بقوله اى وقت اعطته الفا طلقت بحين يمكنه قبضه ومراده ان يكون الالف وازنة باحضاره ولو كانت ناقصة فى العدد واذنها فى قبضه وملكه وقيل يكفى عدد يتفق برأسه بلا وزن لحصول المقصد فلا يكفى وازنة ناقصة عدداً قال فى الانصاف وهذا العرف فى زمننا وغيره

(١) قوله « وان قالت له اخلعنى الخ » وكذا لو قالت ولك الف ان طلقتنى أو خالعتنى أو ان طلقتنى فلك على الف ففعل بانت وهذا المذهب مطلقا وعليه جماهير الأصحاب لأن الباء للمقابلة وعلى فى معناها

[فوائد] : (الأولى) يشترط فى ذلك ان يجيبها على الفور على الصحيح من المذهب وهو ظاهر كلام المصنف بقوله ففعل وقيده بالمجلس فى المحرر وغيره

(الثانية) لها ان ترجع قبل ان يجيبها قاله فى المحرر وغيره

(الثالثة) لا يصح تعليقه بقوله ان بذلت لى كذا فقد خلعتك قاله فى الفروع قال الشيخ تقى الدين وقولها ان طلقتنى فلك كذا أو انت برىء منه كان طلقتنى فلك على الف واولى وليس فيه النزاع فى تعليق البراءة بشرط اما لو التزم دينا لا على وجه المعاوضة كان تزوجت فلك فى ذمتى الف أو جعلت لك فى ذمتى الفا لم يلزمه عند الجمهور

(الرابعة) لو قالت طلقنى بالف الى شهر فطلقها قبله فلا شىء له نص عليه ، وان قالت من الآن الى شهر فطلقها قبله استحقه على الصحيح من المذهب

(الخامسة) لو قالت طلقنى بالف فقال خلعتك فان قلنا هو طلاق استحقه والا لم يصح هذا هو الصحيح من المذهب وقيل هو خلع بلاعوض وقال فى الروضة =

طلقنى واحـدة بألف فطلقها ثلاثا استحقها (١) وان قالت طلقنى ثلاثا بألف فطلقها واحدة لم يستحق شيئا (٢) ويحتمل أن يستحق ثلث الألف (٣) وان لم يكن بقى من طلاقها الا واحدة استحق الالف علمت أو لم تعلم (٤) ويحتمل أن

= يصح وله العوض لان القصد ان تملك نفسها بالطلقة وقد حصل بالخلع وعـكس المسئلة بان قالت اخلعنى بالف فقال طلقتك يستحقها ان قلنا هو طــلاق والا فوجهان احدهما لا يستحق شيئا قال فى الإنصاف وهو الصواب فان لم يستحق ففى وقوعه رجعيا احتمالان قال فى الانصاف والصواب انه يقع رجعيا وعلى القول الآخر لا يقع شيئا

(١) قوله « وان قالت طلقنى واحدة الخ » هذا المذهب مطلقا وعليه جماهير الأصحاب لأنه حصل لها ما طلبته وزيادة

[فائدة] لو قالت طلقنى واحدة بالف فقال انت طالق وطالق وطالق بانت بالأولة على الصحيح من المذهب فيعايا بها وقيل تطلق ثلاثا قال فى الانصاف وهو موافق لقواعد المذهب والاول مشكل عليه فعـلى المذهب لو ذكر الالف عقيب الثانية بانت بها والأولى رجعية ولغت الثالثة

على قوله « وان قالت طلقنى واحدة بألف » ٭ أو على الف أو ولك الف

على قوله « فطلقها ثلاثا » ٭ أو اثنتين

(٢) قوله « وان قالت طلقنى ثلاثا الخ » يعنى ووقع رجعيا هذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وهو من مفردات المذهب لانها انما بذلتها فى مقابلة الثلاث ولم تحصل وصار كما لو قال بعنى عبديك بالف فقال بعتك احـدهما بنصفها . وهنـا غرضها يتعلق ببينونة كبرى ولم تحصل

(٣) قوله « ويحتمل الخ » وهذا قول أبى حنيفة وصاحبيه ومالك والشافعى كما لو قال من رد عبيدى الثلاثة فله الف فعلى هذا يقع الطلاق بائنا وعلى الأول يقع رجعيا اذا كان فى يده الثلاث

(٤) قوله « وان لم يكن الخ » وهذا المذهب وعليه الاصحاب لان الواحدة التى فعلها كملت الثلاث وحصلت ما يحصل من الثلاث من البينونة وهذا منصوص الشافعى .

لا يستحق الا ثلثه اذا لم تعلم وان كان له امرأتان مكلفة وغير مكلفة فقال أنتما طالقتان بألف ان شئتما فقالتا قد شئنا لزم المكلفة نصف الالف وطلقت بائنا ووقع الطلاق بالأخرى رجعيا ولا شيء عليها(١) وان قال لامرأته أنت طالق وعليك الف طلقت ولا شيء عليها (٢) وان قال على الف أو بألف

---

(١) قوله « وان كان له امرأتان الخ » الصحيح من المذهب انه يلزمها نصف الالف ويقع عليها الطلاق وتبين وعند ابن حامد يقسط بقدر مهريهما ذكره فى المغنى والشرح ظاهر المذهب . واما غير المكلفة فتطلق رجعيا مجانا على المذهب فان بذلها للعوض غير صحيح وعنه لا مشيئة لها فعلى هذا لا تطلق واحدة منهما كما لو كانت غير مميزة وكذا المحجور عليها للسفه حكمها حكم غير المكلفة لأن لها مشيئة وتصرفها فى المال غير صحيح فاما ان كانت مجنونة أو صغيرة اى غير مميزة لم تصح المشيئة منهما ولم يقع الطلاق على واحدة منهما فان كانا رشيدتين وقع بهما الطلاق بائنا فان قبلته احداهما لم تطلق واحدة منهما ذكره فى المغنى والشرح لأنه جعل مشيئتهما شرطا فى طلاق كل واحدة منهما والأصح انها تطلق وحدها بقسطها من الألف قلت وهذا المذهب عند المتاخرين لان العقد مع اثنين بمنزلة عقدين كالبيع فلو قال الزوج ما شئتما وانما قلتما ذلك بالسنتكما أو قالتا ما شئنا بقلوبنا لم يقبل

[فائدة] لو قالت له زوجتان طلقنا بألف فطلق احداهما بانت بقسطها من الألف قال فى شرح المنتهى فيقسط على مهر مثلها ولو قالته احداهما فطلاقه رجعي لا شيء له سواء كانت المطلقة هى السائلة او ضرتها لأن الألف جعلت فى مقابلة طلاقهما وبطلاق واحدة منهما لم يحصل المطلوب

على قوله « وغير مكلفة » ٭ يعنى وكانت مخيرة

(٢) قوله ، وان قال لامرأته انت طالق الخ » يعنى ان ذلك ليس بشرط ولا كالشرط على الصحيح من المذهب لأنه لم يجعل الألف عوضا للطلقة ولا شرطا فيها وانما عطفه على الطلاق الذى اوقعه لكن اذا قبلت فتارة تقبل فى المجلس وتارة لا تقبل فان قبلت فى المجلس بانت منه واستحقه وله الرجوع قبل قبولها على الصحيح من المذهب وجعله المصنف فى المغنى كإن اعطيتنى الفا فانت طالق كما تقدم قريبا وان لم تقبل فى المجلس فالصحيح من المذهب انها تطلق مجانا رجعيا ولا شيء عليها نص عليه وقيل لا تطلق حتى تختار ذكره فى الرعايتين قال فى الانصاف ولم اره فى غيرهما

فكذلك(١) ويحتمل أن لا تطلق حتى تختار فيلزمها الالف

فصل

واذا خالعته في مرض موتها فله الاقل من المسمى أو من ميراثه(٢) وان طلقها في مرض موته وأوصى لها بأكثر لم تستحق أكثر من ميراثها (٣) وان خالعها في مرضه وحاباها فهو من رأس المال واذا وكل الزوج في خلع امرأته

---

(١) قوله « وان قال على الألف الخ » حكم هذه المسئلة حكم المسئلة التي قبلها سواء على المذهب ولا ينقلب الطلاق الرجعي بائنا ببذلها الألف في المجلس في الصور الثلاث بعد عدم قبولها على الصحيح من المذهب

(٢) قوله « فله الأقل الخ » هذا المذهب وهو قول الثوري واسحاق لأن ذلك لاتهمة فيه فانه ان وقع بأكثر من الميراث تطرقت اليه التهمة من قصد ايصالها شيئا من مالها بغير عوض على وجه لم يكن قادرا عليه وان وقع باقل فالباقي هو أسقط حقه منه . وقال أبو حنيفة له العوض كله فان حابته فمن الثلث لأنه ليس بوارث لها وعن مالك كالمذهبين وقال الشافعي إذا خالعت بمهر مثلها جاز وان زاد فالزيادة من الثلث .

على قوله « فيلزمها الألف » وهذا اختيار ابن عقيل وقال القاضي في موضع تطلق الا اذا قال بالف فلا تطلق حتى تختار واختاره الشارح ونقل المصنف في المغني وابن منجا عن القاضي انه قال لا تطلق في قوله على الف حتى تختار لان تقديره إن ضمنت لي الفا ، لان « على » تستعمل للشرط بدليل قوله تعالى ﴿ انى أريد أن أنكحك ﴾ الآية

(٣) قوله « وان طلقها في مرض الخ » أي للورثة منعها من ذلك لأنه اتهم في انه قصد ايصال ذلك اليها كالوصية لوارث وان أوصى لها بميراثها او اقل صح لأنه لا تهمة في ذلك

على قوله « فهو من رأس المال » مثل أن يكون قادرا على خلعها بشيء فيخالعها بدونه لم يحسب ماحاباها من الثلث في مرض موته لأنه لو طلق بغير عوض لصح فلأن يصح بعوض أولى

على قوله « فما زاد » بلا نزاع

مطلقا فخالع بمهرها فما زاد صح ، وان نقص عن المهر رجع على الوكيل بالنقص(١) ويحتمل أن يخير بين قبوله ناقصا وبين رده وله الرجعة وان عين له العوض فنقص منه لم يصح الخلع عند ابن حامد(٢) وصح عند أبى بكر ويرجع على الوكيل بالنقص وان وكلت المرأة فى ذلك فخالع بمهرها فما دون أو بما عينته فما دون صح(٣) وان زاد لم يصح(٤) ويحتمل أن يصح وتبطل الزيادة ، وإذا تخالعا تراجعا بما بينهما من الحقوق(٥) وعنه أنها تسقط

---

(١) قوله «وان نقص الخ» أى ويصح الخلع وهذا المذهب وأحد الأقوال لأنه عقد معاوضة اشبه البيع وقيل لا يصح الخلع وقدمه الناظم وصححه واليه ميل المصنف والشارح وهو قول ابن حامد والقاضى وهو مذهب الشافعى

على قوله « ويحتمل أن يخير بين قبوله ناقصا » * لأن الحق له فاذا رضى بدونه وجب ان يصح

على قوله « وله الرجعة » * لان الطلاق قد وقع والعوض مردود

(٢) قوله « لم يصح عند ابن حامد » وهذا المذهب لانه خالف موكله

(٣) قوله «وان وكلت المرأة الخ» هذا بلا نزاع

(٤) قوله « وان زاد الخ » هذا أحد الأقوال وجعله ابن منجا فى شرحه المذهب وصححه الناظم وقيل يصح ويلزم الوكيل الزيادة وهو المذهب

[فائدتان] احداهما لو خالف وكيل الزوج أو الزوجة جنسا أو حلولا أو نقد بلد فقيل حكمه حكم غيره فى الخلاف المتقدم وقيل لا يصح الخلع مطلقا قال المصنف والشارح القياس انه لا يصح هنا

(الثانية) يصح التوكيل فى الخلع لكل من يصح تصرفه فى الخلع لنفسه كالعبد والأنثى والكافر والمحجور عليه لا نعلم فيه خلافا ويجوز التوكيل من غير تقدير عوض كالبيع والنكاح

(٥) قوله « واذا تخالعا تراجعا الخ » يعنى حقوق النكاح وهذا المذهب وعليه الأصحاب لأنه أحد نوعى الخلع فلم يسقط به شىء كالطلاق وعنه تسقط بالسكوت عنها لأن الخلع يقتضى انخلاع كل واحد من صاحبه واستثنى الأصحاب على هذه الرواية نفقة العدة وبقية ماخولع ببعضه وهذا الخلاف فى حقوق النكاح أما الديون ونحوها فانها لا تسقط قولا واحدا

فصل

وإذا قال خالعتك بألف فأنكرت أو قالت إنما خالعت غيرى بانت والقول قولها مع يمينها فى العوض ، وان قالت نعم لكن ضمنه غيرى لزمها الالف[١] وان اختلفا فى قدر العوض أو عينه أو تأجيله فالقول قولها مع يمينها[٢] ويتخرج ان القول قول الزوج ويحتمل أن يتحالفا ويرجعا الى المهر المسمى أو المهر المثل ان لم يكن مسمى . وان علق طلاقها بصفة ثم خالعها فوجدت الصفة ثم عاد فتزوجها فوجدت الصفة طلقت نص عليه[٣] ويتخرج

[فائدة] مفهوم قوله وان تخالعا انهما لو تطالقا تراجعا بجميع الحقوق قولا واحدا وهو صحيح

على قوله « بانت » ، أى باقراره

على قوله « فى العوض » ، لأنها منكرة لبذله

(١) قوله « وان قالت نعم الخ » أى لأنها أقرت بها ولا يلزم الغير شىء الا ان يقر به فان ادعته المرأة وأنكره الزوج قبل قوله ولا شىء عليها لأنه لا يدعيه وان قالت سألتك طلاقا ثلاثا بالف فاجبت فقال بل طلقة فأجبت قبل قوله وبانت بالف .

(٢) قوله « وان اختلفا فى قدر العوض الخ » أوصفته وهذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب ونص عليه لأنه يقبل قولها فى أصله فكذا فى قدره وصفته ولا ينكر الزائد والحلول والقول قول المنكر مع يمينه

(٣) قوله « وان علق طلاقها بصفة الخ » وكذا لو أبانها بثلاث أو دونها فوجدت الصفة ثم عاد فتزوجها وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب لأن عقد الصفة ووقوعها وجدا فى النكاح فوقع الطلاق كما لو لم يتخلله بينونة لا يقال الصفة انحلت بفعلها حال البينونة ضرورة (*) ان لا تقتضى التكرار لانها إنما تنحل على على وجه يحنث به لان اليمين حل وعقد والعقد يفتقر الى الملك فكذا الحل والحنث لا يحصل بفعل الصفة حال البينونة ولا تنحل اليمين به وعن أحمد ما يدل على انها =

(*) بياض بالأصل

أن لا تطلق بناء على الرواية فى العتق واختاره أبو الحسن التميمى وان لم توجد الصفة حال البينونة عادت رواية واحدة (١)

= لا تطلق نص عليه فى العتق فى رجل قال لعبده انت حر ان دخلت الدار فباعه ثم رجع يعنى فاشتراه فان رجع وقد دخل الدار لم يعتق وان لم يكن دخل فلا يدخل فاذا نص عليه فى العتق وجب ان يكون الطلاق مثله بل أولى لأن العتق يتشوف الشارع اليه واكثر أهل العلم يرون ان الصفة لا تعود اذا أبانها بطلاق ثلاث وان لم توجد الصفة حال البينونة هذا مذهب مالك وأبى حنيفة واحد أقوال الشافعى قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لزوجته ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا فطلقها ثلاثا ثم نكحت غيره ثم نكحها الحالف ثم دخلت الدار انه لا يقع عليها الطلاق وهذا على مذهب مالك والشافعى وأصحاب الرأى لأن طلاق ذلك الملك انقضى فان ابانها دون الثلاث فوجدت الصفة ثم تزوجها انحلت يمينه فى قولهم وان لم توجد الصفة فى البينونة ثم نكحها لم تنحل فى قول مالك وأصحاب الرأى

على قوله « طلقت نص عليه » ، وكذا الحكم لو قال ان بنت منى ثم تزوجتك فأنت طالق فبانت ثم تزوجها .

(١) قوله « وإن لم توجد الصفة الخ » لأن اليمين لم تنحل لكون الصفة فى حال البينونة لم توجد فاذا وجدت الصفة بعد التزويج وجب أن نعمل عملها وذكر الشيخ تقى الدين رواية أن الصفة لا تعود مطلقاً يعنى سواء وجدت حال البينونة أولا قال فى الانصاف وهو الصحيح فى منهاج الشافعية .

[فائدة] يحرم الخلع حيلة لاسقاط يمين طلاق ولا يقع على الصحيح من المذهب قال فى المغنى هذا يفعل حيلة على إبطال الطلاق المعلق والحيل خداع لاتحل ماحرم الله قال الشيخ تقى الدين خلع الحيلة لايصح على الأصح كما لا يصح نكاح المحلل لأنه ليس المقصود منه الفرقة وانما يقصد منه بقاء المرأة مع زوجها كما فى نكاح المحلل قال فى الرعايتين والحاوى الصغير ويحرم الخلع حيلة ويقع فى أصح الوجهين قال فى الانصاف وغالب الناس واقع فى هذه المسئلة ويستعملها فى هذه الأزمنة ففى هذا القول فرج لهم . انتهى

كتاب الطلاق

وهو حل قيد النكاح ويباح عند الحاجة اليه ويكره من غير حاجة وعنه انه يحرم ويستحب اذا كان بقاء النكاح ضررا ويصح من الزوج العاقل البالغ المختار ويصح من الصبي العاقل(١) وعنه لا يصح حتى يبلغ ومن زال عقله لسبب يعذر فيه كالنائم والمجنون والمغمى عليه والمبرسم لم يقع طلاقه(٢) وان زال لسبب

[فائدة] لو اعتقد البينونة بذلك أي بخلع الحيله ثم فعل ماحلف عليه فكطلاق واجنبية أي فكما لو قال لمن ظنها أجنبية انت طالق فبانت امرأته فتبين امرأته على ما يأتى فى آخر باب الشك فى الطلاق ذكره الشيخ تقى الدين ولو خالع حيلة وفعل المحلوف عليه بعد الخلع معتقدا زوال النكاح ولم يكن الأمر كذلك لعدم صحة الخلع حيلة فهو كما لوحلف على شيء يظنه فبان بخلاف ظنه فيحنث فى طلاق وعتاق

(١) قوله « ويصح من الصبي الخ » ان لم يعقل الصبي فلا طلاق له بغير خلاف وأما الذى يعقل الطلاق ويعلم أن زوجته تبين منه وتحرم عليه فأكثر الروايات عن أحمد ان طلاقه يقع وهو الصحيح من المذهب وروى نحوه عن سعيد ابن المسيب وعطاء والحسن والشعبي واسحاق . وعنه لايصح حتى يبلغ وهو قول النخعي والزهرى ومالك وحماد والثورى وأبي عبيد وذكر أنه قول أهل العراق وأهل الحجاز لقوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم ولأنه غير مكلف فلم يقع طلاقه كالمجنون ولنا قوله ﷺ الطلاق لمن أخذ بالساق وقال على كل الطلاق جائز الا طلاق المعتوه ذكره البخارى ورواه الترمذى والدارقطنى مرفوعا باسناد فيه ضعف وعنه يصح من ابن عشر وعنه يصح من ابن اثنتى عشرة سنة

على قوله « ويصح من الصبي العاقل » * ومن السفيه فى قول اكثر أهل العلم منهم القاسم بن محمد ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه ومنع منه عطاء

(٢) قوله « ومن زال عقله بسبب يعذر فيه الخ » أجمع أهل العلم على أن الزائل العقل بغير سكر أو ما فى معناه لايقع طلاقه كذلك قال عثمان وعلى وسعيد ابن المسيب والحسن والنخعي والشعبي وأبو قتادة وأبو قلابة والزهرى ويحيى الأنصارى ومالك والثورى والشافعي وأصحاب الرأى واجمعوا على أن الرجل إذا طلق فى حال نومه انه لاطلاق له وقد ثبت أنه ﷺ قال رفع القلم عن ثلاثة عن

لا يعذر فيه كالسكران ومن شرب ما يزيل عقله لغير حاجة فى صحة طلاقه روايتان (١) وكذلك يخرج فى قتله وقذفه وسرقته وزناه وظهاره وايلائه ومن

— النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق لكن لو ذكر المغمى عليه والمجنون لما افاقا انهما طلقا وقع الطلاق نص عليه قال فى الفروع ويدخل فى كلامهم من غضب حتى أغمى عليه أو غشى عليه قال الشيخ تقى الدين يدخل بلاريب وقال الشيخ تقى الدين ان غيره الغضب ولم يزل عقله لم يقع الطلاق لأنه ألجأه وحمله عليه فأوقعه وهو يكرهه ليستريح منه فلم يبق له قصد صحيح فهو كالمكره ولهذا لا يجاب دعاؤه على نفسه وماله ولا يلزمه نذر الطاعة فيه

على قوله « لم يقع طلاقه » وسواء زال بجنون أو اغماء أو شرب دواء أو اكره على شرب الخمر أو شرب مايزيل عقله ولم يعلم انه مزيل ولا نعلم فيه خلافا

(١) قوله « وان زال الخ » احداهما يقع وهو المذهب وهو مذهب سعيد ابن المسيب وعطاء ومجاهد والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والحكم ومالك والأوزاعى والشافعى وابن شبرمة وأبى حنيفة وصاحبيه وسليمان بن حرب لقوله ﷺ كل الطلاق جائز الا طلاق المعتوه وقال معاوية كل أحد طلق امرأته جائز الا طلاق المجنون رواه البيهقى باسناد حسن قال ابن عباس طلاق السكران جائز (٭) ان ركب معصية من معاصى الله نفعه ذلك ولان الصحابة جعلوه كالصاحى فى الحد بالقذف قال على بمحضر من عمر وغيره نراه اذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفترى ثمانون رواه مالك باسناد جيد ولأنه مكلف فوقع طلاقه كالصاحى بدليل القتل والقطع فى السرقة . والثانية لايقع اختاره أبو بكر وابن عقيل ومال اليه المصنف والشارح وابن رزين فى شرحه واختاره الناظم والشيخ تقى الدين وجزم به فى التسهيل قال الزركشي ولا يخفى أن أدلة هذه الرواية أظهر وهو قول عثمان ومذهب عمر بن عبد العزيز والقاسم وطاوس وربيعة ويحي الأنصارى والليث والعنبرى وإسحاق وأبى ثور والمزنى قال ابن المنذر هذا ثابت عن عثمان ولا نعلم أحداً من الصحابة خالفه وقال أحمد حديث عثمان ارفع شيء فيه وهو اصح يعنى من حديث على وحديث الأعمش منصور لا يرفعه الى على ولأنه زائل العقل —

(٭) كذا بالأصل كما فى المغنى والشرح والذى فى صحيح البخاري « وقال ابن عباس طلاق السكران والمستكره ليس بجائز »

أكره على الطلاق بغير حق لم يقع طلاقه[١] وإن هدده بالقتل أو أخذ المال ونحوه قادر يغلب على الظن وقوع ما هدده به فهو اكراه[٢]. وعنه لا يكون

= اشبه المجنون والنائم ونقل الميمونى كنت اقول يقع حتى تبينته ونقل ابو طالب الذى لا يأمر بالطلاق إنما اتى خصلة واحدة والذى يأمر به اتى اثنتين حرمها عليه وأباحها لغيره فلهذا قيل هى آخر الروايات.

[فائدة] حد السكران الذى ترتب عليه هذه الأحكام هو الذى يخلط فى كلامه من قراءته او يقسط تمييزه بين الأعيان وقد أومأ اليه فى رواية حنبل فقال السكران الذى إذا وضع ثيابه فى ثياب غيره فلم يعرفها ونعله فى نعالهم فلم يعرفه وإذا هذى فى اكثر كلامه وكان معروفا بغير ذلك ومحله اذا كان آثما فى سكره فاما ان اكره فكالمجنون وهذا المذهب ولا تصح عبادة السكران قال الامام احمد ولا تقبل صلاته اربعين يوما حتى يتوب للخبر وقاله الشيخ تقى الدين

على قوله « وكذلك يخرج فى قتله وقذفه وسرقته وزناه وظهاره وايلائه » * اعلم ان فى اقواله وافعاله روايات صريحات احداهن انه مؤاخذ بهما فهو كالصاحى فيهما وهو المذهب.

(١) قوله « ومن أكره على الطلاق الخ » هذا المذهب مطلقا قال الشارح لا تختلف الرواية عن احمد ان طلاق المكره لايقع روى ذلك عن عمر وعلى وابن عمر وابن عباس وابن الزبير وجابر بن سمرة وبه قال عبد الله بن عبيد بن عمير وعكرمة والحسن وجابر بن زيد وشريح وعطاء وطاوس وعمر بن عبد العزيز ومالك والأوزاعى والشافعى واسحاق وابو ثور وابو عبيد واجازه أبو قلابة والشعبى والنخعى والزهرى والثورى وابو حنيفة وصاحباه لأنه طلاق من مكلف ولنا قوله ﷺ ان الله وضع عن امتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه رواه ابن ماجه والدارقطنى قال عبدالحق اسناده متصل صحيح وعن عائشة رضى الله عنها قالت سمعت رسول الله ﷺ يقول لا طلاق ولا عتاق فى غلاق رواه ابو داود وهذا لفظه واحمد وابن ماجه ولفظها فى اغلاق وقال ابن عباس فيمن يكرهه اللصوص فطلق ليس بشىء ذكره البخارى.

(٢) قوله « وان هدده بالقتل الخ » هذا المذهب لقول عمر فى الذى تدلى يشتار عسلا فوقفت امرأته على الجبل وقالت طلقنى ثلاثا والاقطعته فذكرها الله والاسلام =

مكرها حتى ينال بشيء من العذاب كالضرب والخنق وعصر الساق اختارها الخرقي ويقع الطلاق في النكاح المختلف فيه كالنكاح بلا ولي عند أصحابنا (١)

= فقالت لتفعلن أو لأفعلن فطلقها ثلاثا فرده(*) اليها رواه سعيد وهذا قول أكثر الفقهاء. وبه يقول أبو حنيفة والشافعي ويشترط للاكراه شروط احدها أن يكون قادرا بسلطان أو تغلب كاللص ونحوه الثاني أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به مع عجزه عن دفعه وهربه واختفائه الثالث أن يكون مما يستضر به ضررا كبيرا كالقتل والضرب الشديد والحبس والقيد الطويلين وأخذ المال الكثير والاخراج من الديار وينبغي للمكره أن يتأول فان ترك التأويل بلا عذر لم يقع الطلاق على التصحيح من المذهب فلو قصد ايقاع الطلاق دون دفع الاكراه وقع الطلاق على الصحيح من المذهب ويحتمل ان لايقع .

على قوله « حتى ينال بشيء من العذاب » نص عليه في رواية الجماعة وقال كما فعل باصحاب النبي ﷺ وكأنه يشير الى قصة عمار

[فائدة] الاكراه على العتق واليمين ونحوهما كالاكراه على الطلاق على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب

(١) قوله « ويقع الطلاق في النكاح الخ » قال في الانصاف ونص عليه أحمد وهو المذهب لأنه عقد يسقط الحد ويثبت النسب والعدة والمهر أشبه الصحيح

[فوائد] حيث قلنا بالوقوع فيه فانه يكون طلاقا . قلت فيعايا بها

(الثانية) يجوز الطلاق في النكاح المختلف فيه في الحيض ولا يسمى طلاق بدعة فيعايا بها

(الثالثه) ظاهر كلام المصنف انه لايقع الطلاق في نكاح مجمع على بطلانه وهو صحيح وهو المذهب

(الرابعة) الصحيح من المذهب انه لا يقع الطلاق في نكاح فضولي قبل اجازته وأنه يقع بعدها وعليه الأصحاب واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى ان طلاق الفضولي كبيعه

(الخامسة) لا يجب الطلاق اذا امره ابوه على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وعنه يجب قال أبو بكر في التنبيه وعنه يجب بشرط أن يكون أبوه عدلا =

(*) كذا بالأصل وهو كذلك في المغني أيضا . وفي الشرح فردها اليه : ولعله الصواب

واختار ابو الخطاب أنه لا يقع حتى يعتقد صحته . واذا وكل فى الطلاق من يصح توكيله صح طلاقه[١] وله ان يطلق متى شاء الا أن يحد له حدا[٢] ولا يطلق أكثر من واحدة الا ان يجعل اليه[٣] وان وكل اثنين فيه فليس لاحدهما الانفراد به الا باذن[٤] وان وكلهما فى ثلاث فطلق أحدهما أكثر من الآخر وقع ما اجتمعا عليه . وان قال لامرأته طلق نفسك فلها ذلك كالوكيل وان قال لها اختارى من ثلاث ما شئت لم يكن لها ان تختار أكثر من اثنتين

= وأما اذا امرته امه فنص الامام أحمد لا يعجبنى طلاقه ومنعه الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى منه ونص أحمد فى منع السرية ان خفت على نفسك فليس لها ذلك وكذا نص فيما اذا منعاه من التزويج

(١) قوله « واذا وكل فى الطلاق الخ » أى لأنه ازالة ملك فصح التوكيل فيه كالعتق وقوله من يصح توكيله يحترز به عن الطفل والمجنون فلو وكل عبدا او كافرا صح وان جعل امر الصغيرة أو المجنونة فى يدها لم تملكه نص عليه وظاهر كلام أحمد اذا عقلت الطلاق وقع وان لم تبلغ كالصبى

(٢) قوله « وله ان يطلق الخ » لأن لفظ التوكيل يقتضى ذلك لكونه توكيلا مطلقا أشبه التوكيل فى البيع الا أن يحدد له حدا او يفسخ أو يطأ وهذا الصحيح من المذهب وقيل لا ينعزل بالوطء

(٣) قوله « ولا يطلق اكثر الخ » لأن الأمر المطلق يتناول اقل مايقع عليه الاسم الا ان يجعل اليه اكثر من واحدة بلفظه أو نيته نص عليه ويقبل قوله فى نيته لأنه اعلم بها

[فائدة] لو وكله فى ثلاث فطلق واحدة او وكله فى واحدة فطلق ثلاثا طلقت واحدة بلا خلاف اعلمه ونص عليه

(٤) قوله « وان وكل اثنين الخ » هذا بلا نزاع فان وكلهما فى ثلاث الخ أى فلو طلق احدهما واحدة والآخر اكثر فواحدة نص عليه وعليه الأصحاب ولو طلق اثنتين والآخر ثلاثا وقع اثنتين وقال فى الرعاية الكبرى فيه نظر انتهى اى لانه انما رضى بتصرفهما جميعا وبهذا قال الحسن ومالك والثورى والشافعى وابو عبيد وابن المنذر فان اذن لاحدهما فى الانفراد صح لان الحق له

باب سنة الطلاق وبدعته [(١)]

السنة فى الطلاق ان يطلقها واحدة فى طهر لم يصبها فيه ثم يدعها حتى تنقضى عدتها [(٢)] . وان طلق المدخول بها فى حيضها او طهر أصابها فيه فهو طلاق بدعة محرم ويقع [(٣)] . ويستحب

---

(١) طلاق السنة ما اذن فيه الشارع والبدعة ما نهى عنه . والأصل فيه قوله تعالى ﴿ ياايها النبي اذا طلقتم النساء ﴾ الآية قال ابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم طاهرا من غير جماع وحديث ابن عمر رضى الله عنهما لما طلق امرأته وهى حائض فقال النبي ﷺ لعمر رضى الله عنه مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض وتطهر ثم ان شاء طلقها طاهرا قبل أن يمس وهو فى الصحيحين

(٢) قوله « السنة ان يطلقها واحدة الخ » وهذا بلا نزاع لما تقدم الا فى طهر متعقب لرجعة من طلاق فى حيض فبدعة فى ظاهر المذهب اختاره الا كثر ولو طلقها ثلاثا فى ثلاثة اطهار كان حكم ذلك حكم جمع الثلاث فى طهر واحد قال احمد رحمه الله تعالى طلاق السنة واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض وكذلك قال مالك والاوزاعى والشافعى وأبو عبيد وقال أبو حنيفة والثورى السنة أن يطلقها ثلاثا فى كل قرء طلقة وهو قول سائر الكوفيين

(٣) قوله « وان طلق المدخول بها الخ » الصحيح من المذهب انه يقع لكنه محرم نص عليهما وهذا قول عامة اهل العلم قال ابن عبد البر وابن المنذر لأنه عليه الصلاة والسلام امر ابن عمر رضى الله عنهما بالمراجعة وهى لا تكون الا بعد وقوع الطلاق وفى لفظ للدارقطنى قال قلت يارسول الله ارأيت لو انى طلقتها ثلاثا قال كانت تبين منك وتكون معصية وذكر فى الشرح هذا الحديث مع غيره وقال كلها أحاديث صحاح وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى وتلميذه ابن القيم لايقع الطلاق فيها وهو قول ابن علية وهشام بن الحكم والشيعة لأن الله تعالى أمر به فى قبل العدة فاذا طلق فى غيره لم يقع

[فوائد] الأولى قال فى المحرر وكذا الحكم لو طلقها فى آخر طهر لم يصبها فيه يعنى انه طلاق بدعة ومحرم ويقع وتبعه شارحه وجماهير الأصحاب على انه مباح والحالة هذه الا على رواية ان القروء الأطهار واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى أيضا .

رجعتها (١) ، وعنه أنها واجبة ، وان طلقها ثلاثا فى طهر لم يصبها فيه كره (٢)

(الثانية) اكثر الأصحاب على أن العلة فى منع الطلاق زمن الحيض لتطويل العدة وخالفهم أبو الخطاب فقال لكونه فى زمن رغبته عنها

(الثالثة) اختلف الأصحاب فى الطلاق فى الحيض هل هو محرم لحق الله تعالى فلا يباح وان سألته او لحقها فيباح بسؤالها فيه وجهان قال الزركشي والأول ظاهر اطلاق الكتاب والسنة قال فى الانصاف وهو ظاهر كلام المصنف هنا وغيره

على قوله « أو طهر أصابها فيه » * اى اذا لم يستبن حملها

(١) قوله « ويستحب رجعتها » هـذا الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب لأنه عليه الصلاة والسلام أمر به ابن عمر رضى الله عنهما وادنى أحواله الاستحباب ولأنه طلاق لا يرتفع بالرجعة فلم تجب الرجعة فيه كالطلاق فى طهر اصابها فيه فإنهم اجمعوا على ان الرجعة لاتجب فيه حكاه ابن عبد البر عن الجميع وبعدم الوجوب قال الثورى والأوزاعى وابن ابى ليلى والشافعى واصحاب الرأى وعنه يجب وهو قول مالك وداود لظاهر الأمر .

[فائدة] لوعلق طلاقها بقيامها فقامت حائضا فقال فى الانتصار هو طلاق مباح وقال فى الترغيب هو طلاق بدعى

على قوله « وان طلقها ثلاثا » * وقيل او اثنتين بكلمة أو كلمات

(٢) قوله « وان طلقها ثلاثا الخ » احداهما يحرم وهو المذهب نص عليه روى ذلك عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وهو قول مالك وابى حنيفة لقوله تعالى ﴿ يا ايها النبى اذا طلقتم النساء ـ الآية ـ ثم قال ومن يتق الله يجعل له مخرجا ﴾ ومن طلق ثلاثا لم يبق له امر يحدث ولم يجعل له مخرجا وقد روى النسائى عن محمود بن لبيد قال اخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا فغضب ثم قال أيلعب بكتاب الله عز وجل وأنا بين اظهركم حتى قام رجل فقال يارسول الله الا اقتله وروى الدارقطنى عن على رضى الله عنه قال سمع النبى ﷺ رجلا طلق البتة فغضب وقال تتخذون آيات الله هزوا او دين الله هزوا او لعبا ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولم يصح عندنا خلافهم فيكون اجماعا

وفى تحريمه روايتان . وان كانت المرأة صغيرة أو آيسة أو غير مدخول بها أو

[فائدة] لو طلق ثانية أو ثالثة فى طهر واحد بعد رجعة أو عقد لم يكن بدعة بحال على الصحيح من المذهب

[تنبيه] اذا طلقها ثلاثا متفرقة بعد ان راجعها ، طلقت ثلاثا بلا نزاع فى المذهب وعليه الأصحاب منهم الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى وان طلقها ثلاثا مجموعة او متفرقة قبل رجعة واحدة طلقت ثلاثا على الصحيح من المذهب نص عليه مرارا وعليه الأصحاب بل الأئمة الأربعة وأصحابهم فى الجملة واوقع الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى من ثلاث مجموعة او متفرقة قبل رجعة طلقة واحدة وقال لا نعلم احدا فرق بين الصورتين وحكى عدم وقوع الثلاث جملة واحدة بل واحدة فى المجموعة أو المتفرقة عن جده المجد فانه كان يفتى به احيانا سرا وقال عن قول عمر رضى الله عنه فى ايقاع الثلاث انما جعله لا كثارهم منه فعاقبهم على الاكثار منه لما عصوا بجمع الثلاث فيكون عقوبة من لم يتق الله من التعزير الذى يرجع فيه الى اجتهاد الأئمة كالزيادة على الأربعين فى حد الخمر لما اكثر الناس منها وأظهروه ساغت الزيادة عقوبة انتهى واختاره ابن القيم رحمه الله تعالى وكثير من اتباعه قال ابن المنذر هو مذهب أصحاب ابن عباس كعطاء وطاوس وعمر وابن دينار نقله الحافظ شهاب الدين بن حجر فى شرح البخارى وحكى المصنف عن عطاء وطاوس وسعيد بن جبير وأبى الشعثا وعمرو ابن دينار أنهم كانوا يقولون من طلق البكر ثلاثا فهى واحدة وقال القرطبى فى تفسيره على قوله الطلاق مرتان اتفق أئمة الفتوى على لزوم ايقاع الثلاث وهو قول جمهور السلف وشذ طاوس وبعض أهل الظاهر الى ان طلاق الثلاث فى كلمة واحدة يقع واحدة ويروى هذا عن محمد بن اسحاق والحجاج بن ارطاة وقال بعد ذلك ولا فرق بين ان يوقع ثلاثا مجتمعاً فى كلمة أو مفرقا فى كلمات وقال بعد ذلك ذكر محمد ابن احمد بن مغيث فى وثائقه أن الطلاق ينقسم الى طلاق سنة وطلاق بدعة وطلاق البدعة ان يطلقها فى حيض او ثلاثا فى كلمة واحدة فان فعل لزمه الطلاق ثم اختلف أهل العلم بعد اجماعهم على انه مطلق كم يلزمه من الطلاق فقال على وابن مسعود يلزمه طلقة واحدة وقاله ابن عباس رضى الله عنهما وقال قوله ثلاث لامعنى له لأنه لم يطلق ثلاث مرات وقاله الزبير بن العوام وعبد الرحمن بن عوف ورويناه عن ابن وضاح وقال به من شيوخ قرطبة ابن زنباع ومحمد بن بقى بن مخلد ومحمد بن عبد السلام الخشنى فقيه عصره واصبغ بن الحباب وجماعة سواهم وقد يخرج بقياس من غير ما مسئلة من المدونة مايدل على ذلك وذكره وعلل ذلك بتعاليل جيدة . انتهى

حاملا قد استبان حملها فلا سنة لطلاقها ولا بدعة الا فى العدد[1] فإذا قال لها أنتِ طالق للسنة او قال للبدعة طلقت فى الحال واحدة وان قال لمن لها سنة وبدعة انت طالق للسنة فى طهر لم يصبها فيه طلقت فى الحال ، وان كانت حائضا طلقت اذا طهرت[2]. وإن كانت فى طهر أصابها فيه طلقت اذا طهرت

---

(١) قوله « وان كانت المرأة صغيرة الخ » هـذا احدى الروايات وعنه لا سنة لهن ولا بدعة لافى العدد ولا غيره هذا المذهب . وحاصله ان طلاق السنة انما هو للمدخول بها لأن غير المدخول بها لا عدة عليها والآيسة والصغيرة عدتها بالأشهر فلا تحصل الريبة والحامل التى قد استبان حملها عدتها بوضع الحمل ولاريبة لأن حملها قد استبان لـكن حكى فى المغنى ان ابن عبد البر قال لاخلاف بين أهـل العلم ان الحامل طلاقها للسنة وقال ابن المنجا وفيما قاله المؤلف نظر من حيث ان السنة ماوافق أمر الله ورسوله ﷺ ومن طلق احد هؤلاء فقد وافق طلاقه ذلك لان فى حديث ابن عمر رضى الله عنهما ثم ليطلقها طاهرا او حاملا رواه مسلم والطلاق فى الطهر سنة فـكذا فى الحمل ، ونقل ابن منصور لا يعجبنى ان يطلق حائضا لم يدخل بها

[فائدة] اذا قال لصغيرة أو غير مدخول بها انت طالق للبدعة ثم قال أردت طلاقها فى زمن يصير طلاقها فيه للسنة دين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل فى الحـكم فـيه وجهان احدهما لا يقبل وهو مذهب الشافعى لانه خلاف الظاهر والثانى يقبل وهو أشبه بالمذهب لانه فسر كلامه بما يحتمله فقبل

على قوله « طلقت فى الحال واحدة » ‌٭ لانه وصفها بما لا تتصف به فلغت الصفة وبقى قوله انت طالق وكـذلك قوله انت طالق للسنة والبدعة او انت طالق لا للسنة ولا للبدعة

على قوله « طلقت فى الحال » ٭ لأن معنى السنة فى وقت السنة وذلك وقتها

(٢) قوله « وان كانت حائضا الخ » لان الصفة قدوجدت وسواء اغتسلت اولا وهو المذهب وعليه اكثر الأصحاب وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة ان طهرت لاكثر الحيض مثل ذلك وان انقطع الدم لدون أكثره لم يقع حتى تغتسل أو تتيمم عند عدم الماء . ولنا انها طـاهر نوقع بها طلاق السنة كالتى طهرت لا كثر الحيض ولأن فى حديث ابن عمر رضى الله عنهما واذا طهرت طلقها ان شاء

من الحيضة المستقبلة وان قال لها انت طالق للبدعة وهى حائض أو فى طهر أصابها فيه طلقت فى الحال[١] وان كانت فى طهر لم يصبها فيه طلقت اذا أصابها أو حاضت[٢] وان قال لها انت طالق ثلاثا للسنة طلقت ثلاثا فى طهر لم يصبها فيه فى احدى الروايتين[٣] وفى الاخرى تطلق فيه واحدة وتطلق الثانية والثالثة فى طهرين فى نكاحين ان امكن وان قال لها انت طالق فى كل قرء طلقة وهى من اللائى لم يحضن لم تطلق حتى تحيض فتطلق فى كل حيضة طلقة وان قلنا الاقراء الاطهار فهل تطلق فى الحال ؟ يحتمل وجهين ويقع بها الباقى فى الاطهار الباقية وان قال لها أنت طالق أحسن الطلاق واجمله فهو كقوله

على قوله « طلقت اذا طهرت » * لان الصفة قد وجدت

على قوله « طلقت اذا طهرت من الحيضة المستقبلة » * بغير خلاف نعلمه لأن ذلك هو وقت السنة فى حقها لاسنة لها قبلها

(١) قوله «وان قال أنت طالق للبدعة الخ» أي لأن ذلك وقت البدعة وهذا المذهب

(٢) قوله « وان كانت فى طهر الخ » وهذا المذهب لان كل واحد منهما وقت للبدعة فايهما سبق وقع الطلاق فيه عملا بقوله للبدعة لكن ينزع فى الحال بعد ايلاج الحشفة ان كان الطلاق ثلاثا فان استدام ذلك حد العالم وعزر الجاهل قاله الأصحاب

(٣) قوله « وان قال لها أنت طالق ثلاثا للسنة الخ » المنصوص عن أحمد رحمه الله تعالى فى هذه المسئلة أنها تطلق ثلاثا ان كانت فى طهر لم يجامعها فيه وان كانت حائضا طلقت ثلاثا اذا طهرت وهذا مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة يقع فى كل قرء طلقة ، وان كانت من ذوات الأشهر وقع فى كل شهر طلقة

على قوله « وان قلنا الأقراء الاطهار » * وكانت من اللائى لم يحضن

على قوله « يحتمل وجهين » * أحدهما تطلق وهو المذهب لان الطهر قبل الحيض كله قرء واحد

على قوله « طلقت فى الحال » * لانه وصفها بصفتين متضادتين فلغتا وبقى مجرد الطلاق فوقع

انت طالق للسنة وان قال اقبح الطلاق وأسمجه فهو كقوله للبدعة الا ان ينوى اخس أحوالك وأقبحها ان تكونى مطلقة فيقع فى الحال وان قال انت طالق طلقة حسنة قبيحة طلقت فى الحال

باب صريح الطلاق وكنايته

وصريحه لفظ الطلاق وما تصرف منه فى الصحيح(١) وقال الخرقى صريحه

---

(١) قوله « وصريحه لفظ الطلاق الخ » يعنى أن صريح الطلاق هو لفظ الطلاق وما تصرف منه لا غير وهذا المذهب وعليه اكثر الأصحاب وصححه المصنف والشارح لأنه موضوع له على الخصوص فاذا قال انت طالق أو مطلقة أوقد طلقتك وقع الطلاق من غير نية وهو مذهب أبى حنيفة وقال الخرقى الخ وهو مذهب الشافعى لورودهما فى القرآن العزيز كقوله تعالى ﴿ او تسريح باحسان ﴾ وقوله تعالى ﴿ أو فارقوهن بمعروف ـ وان يتفرقا ﴾ الآية وكقوله ﴿ فتعالين امتعكن واسرحكن ﴾ الآية ووجه الأولى ان الفراق والسراح يستعملان فى غير الطلاق كثيرا فلم يكونا صريحين فيه كسائر كناياته كقوله تعالى ﴿ واعتصموا بحبل الله جميعا ولا تفرقوا ﴾ ﴿ وماتفرق الذين أوتوا الكتاب ﴾ الآية وأما قوله ﴿ فامساك بمعروف او تسريح باحسان ﴾ فليس المراد به الطلاق اذ الآية فى الرجعة وهى اذا قاربت انقضاء عدتها فاما ان يمسكها برجعة واما ان تترك حتى تنقضى عدتها فتسرح وعنه انت مطلقة ليس بصريح فيه لاحتمال ان يكون طلاقاً ماضيا

[فوائد] لو قال انت طالق بفتح التاء طلقت على الصحيح من المذهب وعليه اكثر الأصحاب وقال ابو بكر وابن عقيل لاتطلق

(الثانية) لو قال امرأتى طالق واطلق النية او قال عبدى حر او امتى حرة واطلق النية طلق جميع نسائه وعتق جميع عبيده وامائه على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب ونص عليه وهو من مفردات المذهب واختاره المصنف وصاحب الفائق انه لايطلق الا واحدة ولا يعتق الا واحد ويخرج بالقرعة

(الثالثة) من صريح الطلاق اذا قيل له اطلقت امرأتك قال نعم على الصحيح من المذهب كما يأتى فى كلام المصنف

ثلاثة الفـــاظ الطلاق والفراق والسراح وما تصرف منهن فمتى أتى بصريح الطلاق وقع نواه أو لم ينوه[١] وان نوى بقوله انت طالق من وثاق أو أراد ان يقول طاهر فسبق لسانه أو أراد بقوله مطلقة من زوج كان قبله لم تطلق[٢] وان ادعى ذلك دُين وهل يقبل فى الحكم؟ يخرج على روايتين[٣] الا ان يكون

(الرابعة) قوله وما تصرف منه يستثنى من ذلك الامر والمضارع وكذا قوله انت مطلقة بكسر اللام اسم فاعل

(الخامسة) لايقع الطلاق بغير لفظ فلو نواه بقلبه لم يقع فى قول عامة أهل العلم خلافا للزهرى وابن سيرين قال ابن سيرين فيمن طلق فى نفسه اليس الله قد علمه ورد بقوله ان الله تجاوز لأمتى عما حدثت به أنفسها مالم تعمل أو تكلم به متفق عليه وكذا ان نواه بقلبه واشار باصبعه نص عليه لانه ليس بصريح ولا كناية

(١) قوله « فمتى أتى بصريح الطلاق الخ » بغير خلاف ذكره فى الشرح لأن سائر الصرائح لاتفتقر الى نية فكذا صريح الطلاق سواء كان ذلك جدا او هازلا حكاه ابن المنذر اجماع من يحفظ عنه وسنده ماروى ابو هريرة رضى الله عنه مرفوعا ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة رواه احمد وأبو داود والترمذى وقال حسن غريب

(٢) قوله « وان نوى بقوله انت طالق الخ » الصحيح من المذهب أنه اذا ادعى ذلك يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه أعلم بما اراد ولا يمكن الاطلاع على ذلك الا من جهته فمتى علم ذلك من نفسه لم يقع عليه فيما بينه وبين ربه قال ابو بكر لاخلاف عن أبى عبد الله رحمه الله تعالى انه اذا اراد أن يقول لزوجته اسقينى ماء فسبق لسانه فقال أنت طالق او انت حرة انه لاطلاق فيه

(٣) قوله « وهل يقبل قوله فى الحكم الخ » احداهما يقبل وهو المذهب وهو قول جابر بن زيد والشعبى والحكم حكاه عنهم أبو جعفر لانه فسر كلامه بما يحتمله احتمالا غير بعيد فقبل كما لو قال انت طالق انت طالق وقال اردت بالثانية افهامها والثانية لايقبل وهو مذهب الشافعى لانه خلاف مايقتضيه الظاهر فى العرف فلم يقبل كما لو اقر بعشرة ثم قال زيوفا أو صغارا فاما ان صرح بذلك فى اللفظ فقال طلقتك من وثاق او فارقتك بجسمى او سرحتك من يدى فلا شك أن الطلاق لا يقع

فى حال الغضب أو بعد سؤالها الطلاق فلا يقبل . وفيما اذا قال أردت انها مطلقة من زوج قبلى وجه ثالث انه يقبل ان كان وجد والا فلا . ولو قيل له اطلقت امرأتك قال نعم وأراد الكذب طلقت[١] ولو قيل له ألك امرأة قال لا وأراد الكذب لم تطلق ، ولو لطم امرأته او اطعمها أو سقاها وقال هذا طلاقك طلقت[٢] الا ان ينوى ان هذا سبب طلاقك أو نحو ذلك وان قال انت

[فائدة] مثل ذلك خلافا ومذهبا لو قال انت طالق واراد أن يقول ان قمت فترك الشرط ولم يرد طلاقا

(١) قوله « ولو قيل له أطلقت امرأتك الخ » وكذا لو قيل له امرأتك طالق قال نعم طلقت وان لم ينو وهذا المذهب مطلقا وعليه جماهير الأصحاب وهو الصحيح من مذهب الشافعى واختيار المزنى لأن نعم صريحة فى الجواب

[فائدة] لو قال قائل لعالم بالنحو الم تطلق امرأتك فقال نعم لم تطلق وان قال بلى طلقت ذكره الناظم وغيره

(تنبيه) مفهوم قوله ولو قيل له الك امرأة الخ انه لو لم يرد الكذب انها تطلق ومثله قوله ليس لى امرأة أو ليست لى بامراة ونوى الطلاق وهو صحيح لانه كناية على الصحيح من المذهب نص عليه ونقل أبو طالب اذا قيل الك امرأة قال لا ليس بشىء اخذ المجد من اطلاق هذه الرواية انه لايلزمه الطلاق ولو نوى وحملها القاضى على انه لم ينو الطلاق فعلى المذهب لو حلف بالله على ذلك فقد توقف احمد رحمه الله تعالى فى رواية مهنا عن الجواب فيحتمل وجهين

على قوله « لم تطلق » ، وان اراد بهذا اللفظ طلاقها طلقت على المذهب لانها كناية صحبتها النية وبه قال الزهرى ومالك وحماد بن أبى سليمان وأبو حنيفة والشافعى

(٢) قوله « وان لطم امرأته الخ » وكذا لو البسها ثوباً أو أخرجها من داره او قبلها ونحو ذلك اعلم انه اذا فعل ذلك فلا يخلو اما أن ينوى طلاقها أو لا فان نوى به طلاقها طلقت وان لم ينوه وقع ايضا لأنه صريح على الصحيح من المذهب نص عليه وقدم المصنف والشارح انه كناية وقال اكثر الفقهاء ليس بكناية ولا يقع به طلاق وان نوى لان هذا لايؤدى معنى الطلاق ولا هو سبب له ولا حكم فيه فلم يصح التعبير به عنه كما لو قال غفر الله لك . ولنا على انه كناية انه يحتمل =

طالق ولا شيء أو ليس بشيء أو لا يلزمك طلقت (١)، وان قال انت طالق أولا أو طالق واحدة أولا لم يقع (٢) ويحتمل أن يقع. وان كتب طلاق امرأته ونوى الطلاق وقع (٣). وان نوى تجويد خطه أو غم أهله لم

= أوقعت عليك طلاقا هذا الضرب من أجله ويحتمل ان يكون سببا للطلاق لكون الطلاق معلقا عليه فصح أن يعبر به عنه فعلى المذهب وهو الوقوع من غير نية لو فسرها بمحتمل غيره قبل قاله ابن حمدان والزركشي وقال فعلى هذا فهذا قسم برأسه ليس بصريح فعلى المذهب ايضا لو نوى ان هذا سبب طلاقك دين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل فى الحكم على وجهين احدهما يقبل وهو الصحيح

[فائدة] لو طلق امرأة او ظاهر منها او آلى ثم قال سريعا لضرتها شركتك معها او انت مثلها او أنت كهى اوانت شريكتها فهو صريح فى الضرة فى الطلاق والظهار على الصحيح من المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب وعنه انه كناية فيها واما الايلاء فلا يصير بذلك موليا من الضرة على الصحيح من المذهب وعليه اكثر الأصحاب وجزم به المصنف فى المقنع فى باب الإيلاء وجزم به غيره وعنه انه صريح فى حق الضرة أيضا

(١) قوله «وان قال انت طالق لاشيء الخ» وهذا المذهب وعليه اكثر الأصحاب قال المصنف والشارح لانعلم فيه خلافا وكذا الحكم لو قال انت طالق طلقة لاتقع عليك او طالق طلقة لاتنقص عدد الطلاق

(٢) قوله «وان قال انت طالق اولا الخ» أما اذا قال انت طالق أولا فالصحيح من المذهب انه لايقع، وأما إذا قال أنت طالق واحدة اولا فقدم المصنف هنا عدم الوقوع وهو أحد الوجهين وقدمه فى المغنى والشرح ونصراه وردا قول من فرق بينهما قال ابن المنجا فى شرحه هذا المذهب لان هذا استفهام فاذا اتصل به خرج عن ان يكون لفظا لايقاع ويحتمل ان يقع لأن لفظه لفظ الايقاع لا لفظ الاستفهام لأن لفظ الاستفهام يكون بالهمزة أونحوها فيقع ما أوقعه ولا يرتفع بما ذكره بعده وبه قال أبو حنيفة وابو يوسف وهو قياس قول الشافعى

(٣) قوله «وان كتب الخ» يعنى كتب صريح الطلاق ونواه وقع على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب وبه قال الشعبي والنخعى والزهرى =

يقع[1] وهل تقبل دعواه فى الحكم ؟ يخرج على روايتين[2] . وان لم ينو شيئا فهل يقع ؟ على وجهين[3] . وان كتبه بشىء لا يتبين لم يقع[4] ، وقال أبو حفص يقع وصريح الطلاق فى لسان العجم بهشتم فان قاله العربى ولا يفهمه او نطق العجمى بلفظ الطلاق ولا يفهمه لم يقع ، وان نوى موجبه فعلى

=والحكم ومالك وأبو حنيفة وهو المنصوص عن الشافعى لأن الكتابة حروف يفهم منها الطلاق اشبهت النطق ولان الكتابة تقوم مقام الكاتب بدليل انه عليه الصلاة والسلام كان مامورا بتبليغ الرسالة فبلغ بالقول مرة وبالكتاب اخرى ولان كتاب القاضى يقوم مقام لفظه فى اثبات الديون وعنه انه صريح نصره القاضى وأصحابه وذكره الحلوانى قال فى الفروع ويتخرج انه لغو اختاره بعض الأصحاب بناء على إقراره بخطه قال فى الرعاية ويتخرج ان لا يقع بخطه شىء وان نواه بناء على ان الخط بالحق ليس اقرارا شرعيا فى الأصح قال فى الانصاف والنفس تميل الى عدم الوقوع بذلك وذكر بعض أصحاب الشافعى أن له قولا آخر انه لايقع به طلاق وان نواه لأنه فعل من قادر على النطق فلم يقع به الطلاق كالاشارة

(١) قوله « وان نوى تجويد خطه الخ » وهو المذهب لانه لو نوى باللفظ غير الإيقاع لم يقع فالكتابة أولى

(٢) قوله « وهل تقبل الخ » احداهما تقبل وهو المذهب قال فى المغنى والشرح هذا اصح الوجهين

(٣) قوله « وان لم ينو شيئا الخ » وهما روايتان احدهما هو ايضا صريح من غير نية وهو الصحيح من المذهب وعليه اكثر الأصحاب والثانى انه كناية فلا يقع من غير نية جزم به فى الوجيز قال فى الرعاية وهو اظهر قال فى الانصاف وهو الصواب

على قوله « على وجهين » . أحدهما يقع وهو قول الشعبى والنخعى والزهرى والحكم والثانى لايقع الا بنية وهو قول أبى حنيفة ومالك ومنصوص الشافعى

(٤) قوله « وان كتبه بشىء الخ » هذا الصحيح من المذهب لأن الكتابة التى لا تبين كالهمس بالفم بما لا يتبين وثم لايقع فهنا أولى

[فوائد] الأولى لو كتبه على شىء لم يثبت عليه خط كالكتابة على الهواء أوالماء لم يقع

وجهين (١)

فصل

والكنايات نوعان (٢) ظاهرة وهى سبع انت خلية وبرية وبائن وبتة وبتلة

(الثانية) لو قرأ ما كتبه وقصد القراءة فى قبوله حكما الخلاف المتقدم فيما اذا قصد تجويد خطه أو غم أهله

(الثالثة) يقع الطلاق من الأخرس وحده بالاشارة وبه قال مالك والشافعى وأصحاب الرأى ولا نعلم عن غيرهم خلافهم لأنه لاطريق له الى الطلاق إلا بالاشارة

(١) قوله « وان نوى موجبه الخ » احدهما لايقع وهو المذهب لانه لم يتحقق منه اختيار لما لا يعلمه أشبه ما لو نطق بكلمة الكفر من لايعرف معناها

[فائدة] من لم تبلغه الدعوة فهو غير مكلف ويقع طلاقه

(٢) قوله « والكنايات نوعان » قال ابن القيم رحمه الله تعالى فى الهدى وتقسيم الألفاظ الى صريح وكناية وان كان تقسيما صحيحا فى أصل الوضع لكن يختلف باختلاف الأشخاص والأزمنة والامكنة فليس حكما ثابتا للفظ ذاته فرب لفظ صريح عند قوم كناية عند آخرين أو صريح فى زمان ومكان كناية فى غير ذلك المكان والزمان والواقع شاهد بذلك فهذا لفظ السراح ولا يكاد أحد يستعمله فى الطلاق لا صريحا ولا كناية فلا يشرع أن يقال ان كل من تكلم به لزمه طلاق امرأته نواه اولم ينوه ويدعى انه عرف ثبت له عرف الشرع والاستعمال فان هذه دعوى باطلة شرعا واستعمالا اما الاستعمال فلا يكاد احد يطلق به البتة واما الشرع فقد استعمله فى غير الطلاق كقوله تعالى ﴿ ياأيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ﴾ الآية فهذا السراح غير الطلاق قطعا وكذا الفراق استعمله الشرع فى غير الطلاق كقوله ﴿ ياايها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة ﴾ الى قوله ﴿ فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ﴾ فالامساك هنا الرجعة والمفارقة ترك الرجعة لا انشاء لطلقة ثانية هذا مما لاخلاف فيه البتة فلا يجوز ان يقال ان من تكلم به طلقت زوجته فهم معناه أو لم يفهمه وكلاهما فى البطلان سواء وبالله التوفيق . انتهى

وانت حرمة وانت الحرج[١]، وخفية نحو اخرجي واذهبي وذوقي وتجرعي. وخليتك وانت مخلاة وانت واحدة ولست لى بامرأة واعتدى واستبرى واعتزلى وما أشبهه[٢] واختلف فى قوله الحق باهلك وحبلك على غاربك وتزوجى من شئت وحللت للازواج ولا سبيل لى عليك ولا سلطان لى عليك هل هى ظاهرة أو خفية ؟ على روايتين[٣] . ومن شرط وقوع الطلاق أن ينوى بها الطلاق[٤]، الا أن يأتى بها فى حال الخصومة والغضب فعلى

---

(١) قوله « وهى سبع الخ » وهذا المذهب اعنى انها السبعة وكذا اعتقتك وعليه اكثر الأصحاب وقيل ابتتك كأنت بائن والخلية فى الأصل الناقة تطلق من عقالها ويخلى عنها ويقال للمرأة خلية كناية عن الطلاق والبائن المنفصلة والبتة المقطوعة وبتلة بمعنى منقطعة وسميت مريم البتول لانقطاعها عن النكاح ولان الحرة التى لارق عليها ولا شك ان النكاح رق وفى الخبر فاتقوا الله فى النساء فانهن عوان عندكم اى اسرى والزوج ليس له على الزوجة الا رق الزوجية فاذا اخبر بزوال الرق فهو الرق المعهود

(٢) قوله « وخفية الخ وما اشبهه » كلاحاجة لى فيك وما بقى شىء واغناك الله والله قد اراحك منى وجرى القلم ونحوه وهذا المذهب ويقع مانواه لانه محتمل له وان لم ينو شيئا وقعت واحدة لأنه اليقين وعنه ان اعتدى واستبرئى ليست من الكنايات الخفية وقال ابن عقيل اذا قالت له طلقنى فقال ان الله قد طلقك هذا كناية خفية اسندت الى دلالتى الحال وهى ذكر الطلاق وسؤالها اياه وقال ابن القيم رحمه الله تعالى : والصواب انه ان نوى وقع الطلاق وإلا لم يقع لأن قوله الله قد طلقك ان اراد به شرع طلاقك واباحه لم يقع وان اراد ان الله اوقع عليك الطلاق واراده وشاءه فهذا يكون طلاقا فاذا احتمل الأمرين لم يقع الا بالنية . انتهى

(٣) قوله « واختلف فى قوله الخ » أما الحق باهلك فالصحيح من المذهب انها من الكنايات الخفية لأنه عليه الصلاة والسلام قال لأبنة الجون الحق باهلك متفق عليه ولم يكن ﷺ ليطلق ثلاثا وقد نهى عنه . وقيل هو كناية ظاهرة وعليه اكثر الأصحاب

[فائدة] وكذا الحكم خلافا ومذهبا لو قال تقنعى وغطى شعرك

(٤) قوله « ومن شرط وقوع الطلاق الخ » هذا الصحيح من المذهب نص =

روايتين(١). وان جاءت جوابا لسؤالها الطلاق فقال أصحابنا يقع الطلاق(٢) والاولى فى الالفاظ التى كثر استعمالها بغير الطـــلاق نحو اخرجى واذهبى وروحى انه لا يقع بها طلاق حتى ينويه(٣) ومتى نوى بالكناية الطلاق وقع بالظاهرة ثلاث وان نوى واحدة (٤) وعنه يقع ما نواه وعنه ما يدل على انه

= عليه الا ما استثنى ولو ظاهرة لأنها كناية فلايقع بها طلاق الا بنية كالخفية وعنه يقع الطلاق بالظاهرة من غير نية اختاره ابو بكر وهو مذهب مالك فعلى المذهب يشترط ان تكون النية مقارنة للفظ على الصحيح

(١) قوله « الا أن يأتى بها الخ » إحداهما يقع وان لم يأت بالنية وهو المذهب قال فى رواية الميمونى اذا قال لزوجته انت حرة لوجه الله تعالى فى الغضب اخشى ان يكون طلاقا اذ دلالة الحال كالنية والثانية لايقع وهو قول أبى حنيفة والشافعى لأنه ليس بصريح فى الطلاق ولم ينوه فلم يقع كحالة الرضا

(٢) قوله « وان جاءت الخ » وهو المذهب مطلقا لأن فى ذكر الكناية عقيب سؤالها دلالة ظاهرة على ارادته

(٣) قوله « والأولى الخ » لان ما كثر استعماله اذا وجد عقيب خصومة أو غضب او سؤال طلاق لايغنى عن النية لان الكثرة تصرفه عن ارادة الطلاق بخلاف ما قل

[فائدة] لو ادعى انه ما أراد الطلاق واراد غيره دين ولم يقبل حكما مع سؤالها او خصومة او غضب على اصح الروايتين وقيل يقبل فى الحكم لأثر رواه سعيد عن عثمان ولأن قوله محتمل فقبل كما لو كرر لفظا وقال اردت التأكيد

(٤) قوله « ومتى نوى بالكناية الخ » وهذا المذهب روى ذلك عن على وابن عمر وزيد بن ثابت وابن عباس وابى هريرة رضى الله عنهم فى وقائع مختلفة ولا يعرف لهم مخالف فى الصحابة قال الشارح اكثر الروايات عن ابى عبد الله رحمه الله تعالى كراهة الفتيا فى هذه الكنايات مع ميله الى انها ثلاث والقول بأنها ثلاث من مفردات المذهب . وعنه يقع ما نواه اختارها أبو الخطاب وهو مذهب الشافعى قال يرجع الى ما نوى فان لم ينو شيئا وقعت واحدة . ونحوه قول النخعى الا انه قال يقع طلقة بائنة لما روى ركانة انه طلق امراته البتة فأخبر النبى ﷺ فقال آلله =

يقع بها واحدة بائنة ويقع بالخفية ما نواه فان لم ينو عـددا وقع واحـدة .
وأما مالا يدل على الطلاق نحو كلي واشربي واقعدي واقربي وبارك الله عليك
وانت مليحة أو قبيحة فلا يقع بها طلاق وان نوى . وكذا قوله انا طالق .
فان قال أنا منك طالق فكذلك ويحتمل انه كناية وان قال انا منك بائن أو

ـــــما اردت الا واحدة فقال ركانة والله ما اردت الا واحدة فردها اليه النبي ﷺ فطلقها الثانية فى زمن عمر رضى الله عنه والثالثة فى زمن عثمان رضى الله عنه وفى لفظ قال هو على ما اردت رواه ابو داود وصححه ابن ماجه والترمذى وقال سألت محمدا ـ يعنى البخارى ـ عن هذا الحديث فقال فيه اضطراب ولان الكنايات مع النية كالصريح فلم يقع به عند الاطلاق اكثر من واحدة كقوله انت طالق وقال الثورى وأصحاب الرأى ان نوى ثلاثا قبلت وان نوى اثنتين او واحدة وقعت واحدة وقال ربيعة ومالك يقع بهـا الثلاث وان لم ينو الا فى خلع او قبل الدخول فانها تطلق واحدة لأنها تقتضى البينونة والبينونة تحصل فى الخلع وقبل الدخول بواحدة قال فى الانصاف فعلى هذه الرواية يدين فعليها ان لم ينو شيئا وقع واحدة وفى قبوله فى الحـكم روايتان . قلت الصواب انه يقبل فى الحـكم ويكون رجعيا على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب . انتهى

[فوائد] اذا قال انت طالق بائن او البتة ففيها الروايات الثلاث وان قال انت طالق لارجعة لى عليك وهى مدخول بها فقال احمد رحمه الله تعالى هذه مثل الخلية والبرية ثلاثا هكذا هو عندى وهذا مذهب ابى حنيفة وان قال ولا رجعة لى فيها بالواو فكذلك وقال اصحاب ابى حنيفة تكون رجعية لانه لم يصف الطلقة بذلك وانما عطف عليها وان قال انت طالق واحدة بائنة او بتة ففيها ثلاث روايات والصحيح من المذهب انه يقع رجعيا وهو مذهب الشافعى لانه وصف الطلقة بما لا تتصف به فلغت الصفة ولو قال انت طالق واحدة ثلاثا وقع ثلاثا على الصحيح من المذهب

على قوله « ويقع بالخفية ما نواه » ٭ هذا المذهب مطلقا

على قوله « فان لم ينو عددا وقع واحدة » ٭ أى رجعية ان كان مدخولا بها والا بائن

على قوله « فلا يقع بها طلاق وان نوى » ٭ هذا المذهب بلاريب لأن اللفظ لايحتمل الطلاق فلو وقع به الطلاق وقع بمجرد النية

حرام فهل هو كناية أولا ؟ على وجهين[1] . وان قالت انت على كظهر امى ينوى به الطلاق لم يقع وكان ظهارا[2] وان قال انت على حرام أو ما أحل الله على حرام ففيه ثلاث روايات احداهن انه ظهار وان نوى الطلاق[3] اختاره الخرقى والثانية كناية ظاهرة والثالثة هو يمين فان قال ما أحل الله على

على قوله « وكذا قوله أنت طالق » يعنى لا يقع به طلاق وان نوى وكذا لو قال انا منك طالق وهذا الصحيح من المذهب لان الزوج ليس محلا للطلاق

(١) قوله « وان قال انا منك بائن الخ » وهذه المسئله توقف احمد رحمه الله تعالى عنها . أشهرهما أنه لغو لأن الرجل محل لايقع باضافة صريحة اليه فلم يقع باضافة كنايته اليه كالأجنبى والثانية كناية لان هذا اللفظ يوصف به كل من الزوجين يقال بان منها و بانت منه

(٢) قوله « وان قال أنت علىّ كظهر أمى الخ » أى لانه صريح فى الظهار فلم يكن كناية فى الطلاق كما لا يكون الطلاق صريحا فى الظهار

(٣) قوله « وان قال انت على حرام الخ » وكذا قوله الحل على حرام احداهن انه ظهار وهو المذهب وقاله عثمان وأبو قلابة وسعيد بن جبير » وميمون بن مهران والبتى وروى الاثرم عن ابن عباس رضى الله عنهما فى الحرام انه تحرير رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين او اطعام ستين مسكينا ولأنه صريح فى تحريمها وهو من مفردات المذهب وقال الشافعى اذا قال ذلك واطلق فلاشىء عليه وله قول آخر عليه كفارة يمين وليس بيمين وقال ابو حنيفة هو يمين وقد روى ذلك عن ابى بكر وعمر ابن الخطاب وابن مسعود رضى الله عنهم قال سعيد حدثنا خالد بن عبد الله عن جويبر عن الضحاك ان ابا بكر وعمر وابن مسعود رضى الله عنهم قالوا فى الحرام انه يمين وبه قال ابن عباس رضى الله عنهما وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وعن احمد رحمه الله تعالى مايدل على ذلك لأن الله تعالى قال لم تحرم ما احل الله لك ثم قال قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم وقال ابن عباس رضى الله عنهما لقد كان لكم فى رسول الله اسوة حسنة وعنه كناية نقل حنبل والاثرم الحرام ثلاث حتى لو وجدت رجلا حرم امراته وهو يرى انها واحدة فرقت بينهما مع أن اكثر الروايات عنه كراهة الفتيا فى الكناية الظاهرة لاختلاف الصحابة فيها وممن روى عنه انه طلاق ثلاث على وزيد ابن ثابت وابو هريرة والحسن وابن ابى ليلى وهو مذهب مالك فى المدخول بها لان=

حرام أعنى به الطلاق فقال احمد رحمه الله تطلق امرأته ثلاثا [١] وان قال أعنى به طلاقا طلقت واحدة [٢] وعنه انه ظهار فيهما . وان قال انت على الميتة والدم وقع ما نواه من الطلاق والظهار واليمين [٣] فان لم ينو شيئا فهل يكون ظهارا أو يمينا ؟ على وجهين [٤] . وان قال حلفت بالطلاق وكذب لزمه إقراره فى الحكم ولا يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى [٥]

= الطلاق نوع تحريم فصح أن يكنى به عنه وعنه انه يمين اذا نوى اليمين وهو مذهب ابن مسعود وقول ابي حنيفة والشافعي وممن روى عنه عليه كفارة يمين ابو بكر وعمر وابن عباس وعائشة رضى الله عنهم وسعيد بن المسيب والحسن وعطاء وطاوس وسليمان بن يسار وقتادة والأوزاعى وفى المتفق عليه عن سعيد بن جبير انه سمع ابن عباس رضى الله عنهما يقول اذا حرم الرجل عليه امراته فهى عين يكفرها وقال لقد كان لكم فى رسول الله اسوة حسنة

(١) قوله « فان قال ما احل الله الخ » الصحيح من المذهب ان ذلك طلاق فعلى المذهب قطع المصنف هنا انها تطلق ثلاثا مطلقا وقدمه فى الخلاصة والهداية والشرح وغيرهم لأنه صريح بلفظ الطلاق ووقع ثلاثا لان الطلاق معرف بالألف واللام وهو يقتضى الاستغراق وعنه تطلق واحدة ان لم ينو اكثر جزم به فى الوجيز والمنور لانهما يردان لغير الاستغراق لاسيما فى اسماء الأجناس

(٢) قوله « وان قال أعنى به الخ » وهو المذهب

[فائدتان] لو قال فراشى على حرام فان نوى امرأته فظهار وان نوى فراشه فيمين نقله ابن منصور

(الثانية) لو حلف بالطلاق انه لاحق عليه لزيد فقامت عليه بينة حنث ذكره السامرى وابن حمدان

(٣) قوله « وان قال انت على كالميتة الخ » وهو المذهب وعليه اكثر الأصحاب. ولو نوى الطلاق ولم ينو عدد اوقعت واحدة قطع به المصنف والشارح

(٤) قوله « وان لم ينو شيئاً الخ » احدهما يكون ظهارا وهو المذهب

(٥) قوله « وان قال حلفت الخ » هذا المذهب لأنه يحتمل ما قاله ويلزمه فى الحكم لأنه خلاف ما اقر به وقال احمد فى الرجل يقول حلفت بالطلاق ولم يكن =

فصل

وان قال لامرأته أمرك بيدك فلها ان تطلق ثلاثا وان نوى واحدة[١] وهو فى يدها ما لم يفسخ أو يطأ[٢] فان قال اختارى نفسك لم يكن لها ان

= حلف هى كذبة ليس عليه يمين وذلك لأن قوله حلفت ليس بحلف وانما هو خبر عن الحلف فاذا كان كاذبا لم يصر حالفا كما لو قال حلفت بالله وكان كاذبا

[فائدة] يقبل قوله فى قدر ما حلف به وفى الشرط الذى علق اليمين به لأنه اعلم بما قاله ويمكن حمل كلام احمد على هـذا فيلزمه فى الحكم لافيما بينه وبين الله تعالى

(١) قوله « وان قال لامرأته الخ » هذا المذهب وافتى به احمد مرارا لأنها من الكنايات الظاهرة ورواه النجاد فى تاريخه عن عثمان وقاله على وابن عمر وابن عباس وفضالة بن عبيد وسعيد بن المسيب وعطاء والزهرى قالوا اذا طلقت ثلاثا فقال لم أجعل لها إلا واحدة لم يلتفت الى قوله والقضاء ماقضت وعن عمر وابن مسعود انها طلقة واحدة وبه قال عطاء ومجاهد والقاسم وربيعة ومالك والأوزاعى والشافعى وقال الشافعى ان نوى ثلاثا فلها ان تطلق ثلاثا وان نوى غير ذلك لم تطلق ثلاثا والقول قوله فى نيته وعنه واحدة مالم ينو اكثر قطع به ابو الفرج وصاحب التبصرة كاختارى . ولنا ما روى ابو داود والترمذى باسناد رجاله ثقات عن ابى هريرة رضى الله عنه ان النبى ﷺ قال هو ثلاث قال البخارى هو موقوف على ابى هريرة رضى الله عنه ولأنه لفظ يقتضى العموم فى جميع امرها لأنه اسم جنس مضاف فيتناول الطلقات الثلاث ولا يقبل قوله اردت واحدة لأنه خلاف مقتضى اللفظ ولا يدين

على قوله « وان نوى واحدة » * هذا المذهب وهو من مفرداته

(٢) قوله « وهو فى يدها الخ » هـذا المذهب نص عليه لقول على (*) فان فسخ أو وطىء بطلت الوكالة وان جعل امرها فى يد غيرها فكذلك فى المسئلة الأولى والثانية ووافق الشافعى فى انه اذا جعله فى يد غيرها انه لايتقيد بالمجلس لأنه وكيل وقال اصحاب ابى حنيفة ذلك مقصور على المجلس لأنه نوع تخيير ولنا انه وكيل مطلق فكان على التراخى

(*) كذا بالأصل ولم يذكر قول على

تطلق اكثر من واحدة الا ان يجعل اليها أكثر من ذلك[1] وليس لها ان تطلق الا ما دامت فى المجلس[2] ولم يتشاغلا بما يقطعه الا ان يجعل اليها أكثر من ذلك[3] فان جعل لها الخيار اليوم كله أو جعل أمرها بيدها فردته او رجع

---

(١) قوله « وان قال لها اختارى الخ » هذا المذهب لأن لفظة التخيير لا تقتضى بمطلقها اكثر من طلقة رجعية قال احمد هذا قول ابن عمر وابن مسعود وزيد بن ثابت وعمر وعائشة وروى ذلك عن جابر وعبد الله بن عمرو رضى الله عنهم وقال ابو حنيفة هى واحدة بائنة وهو قول ابن شبرمة لأن اختيارها نفسها يقتضى زوال سلطانه ولا تكون الا بالبينونة وقال مالك هى ثلاث فى المدخول بها لأن المدخول بها لا تبين الا بالثلاث الا ان يكون بعوض ولنا اجماع الصحابة رضى الله عنهم فان سمينا منهم قالوا ان اختارت نفسها فهى واحدة وهو احق بها رواه النجاد باسانيده لكن ان جعل اليها اكثر من ذلك سواء جعله بلفظه بان يقول اختارى ماشئت واختارى الطلقات ان شئت فلها ان تختار ذلك او جعله بنيته وهو ان ينوى بقوله اختارى عددا فانه يرجع الى ما نواه فان نوى ثلاثا او اثنتين او واحدة فهو على ما نوى وان اطلق فهى واحدة

[فائدة] لو كرر لفظ الخيار بأن قال اختارى اختارى اختارى ، فان نوى إفهامها فواحدة ، وإن نوى ثلاثا فثلاث قاله احمد رحمه الله تعالى

(٢) قوله « وليس لها الخ » هذا المذهب وهو قول اكثر اهل العلم فيكون فورا ان اختارت فى وقتها والا فلا خيار لها بعده روى ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود وجابر رضى الله عنهم وبه قال عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبى والنخعى ومالك والثورى والأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى وقال الزهرى وقتادة وابو عبيد وابن المنذر ومالك فى رواية هو على التراخى ولها الاختيار فى المجلس وبعده مالم يفسخ او يطأ ولنا انه قول من سمينا من الصحابة

(٣) قوله « ولم يتشاغلا الخ » هذا المذهب قال احمد رحمه الله تعالى اذا قال لامرأته اختارى فلها الخيار ماداموا فى ذلك الكلام فان طال المجلس واخذوا فى كلام غير ذلك ولم تختر فلا خيار لها وهذا مذهب ابى حنيفة ونحوه مذهب الشافعى على اختلاف عنه فان قام احدهما عن المجلس قبل اختيارها بطل خيارها وقال ابو حنيفة يبطل بقيامها دون قيامه بناء على اصله ان الزوج لا يملك الرجوع

فيه أو وطئها بطل خيارها[١] هذا المذهب وخرج أبو الخطاب فى كل مسئلة وجها مثل حكم الاخرى ولفظة الامر والخيار كناية فى حق الزوج تفتقر الى نية [٢] فان قبلته بلفظ الكناية نحو اخترت نفسى افتقر الى نيتها أيضا وان قالت طلقت نفسى وقع من غير نية وان اختلفا فى نيتها فالقول قولها وان اختلفا فى رجوعه فالقول قوله وان قال طلق نفسك فقالت اخترت نفسى ونوت الطـــلاق وقع ويحتمل أن لا يقع . وليس لها أن تطلق أكثر من واحدة الا أن يجعل اليها أكثر منها . وان قال وهبتك لاهلك فان قبلوها فواحدة وان ردوها فلا شيء[٣] . وعنه إن قبـــلوها فثلاث وان ردوها فواحدة وكذلك اذا قال وهبتك لنفسك

---

(١) قوله « فان جعل لها الخيار اليوم كله الخ » هو المذهب كما قال

[فائدة] اذا قال اختارى بنفسك يوما فابتداؤه من حين نطق الى مثله من الغد ، وان قال شهرا فمن ساعة نطق الى استكمال ثلاثين يوما الى مثل تلك الساعة

على قوله « وخرج أبو الخطاب فى كل مسئلة وجها مثل حكم الأخرى » * يعنى من حيث التراخى والفورية لامن حيث العدد

(٢) قوله « ولفظة الأمر الخ » لفظة الأمر من الكنايات الظاهرة ولفظة الخيار من الكنايات الخفية يفتقران الى نية أو كونه بعد سؤالها الطلاق ونحوه وتقدم الخلاف فيما يقع بكل واحدة منهما

على قوله « افتقر الى نيتها » * لانها موقعة للطلاق بلفظ الكناية فافتقر الى نيتها كالزوج وان نوى احدهما دون الآخر لم يقع لفقد النية ويقع من العدد ما نوياه دون ما نواه احدهما فلو قالت اخترت نفسى وأنكر وجوده قبل قوله لانه منكر أشبه مالو علق طلاقها على دخول الدار فادعته وانكر

على قوله « فالقول قولها » * لأنها اعلم بنيتها

على قوله « فالقول قوله » * لانهما اختلفا فيما يختص به كما لو اختلفا فى نيته

على قوله « وقع » * هذا المذهب

على قوله « إلا ان يجعل اليها اكثر منها » * إما بلفظه أو نيته وهذا المذهب

(٣) قوله « وان قال وهبتك لأهلك الخ » الرواية الأولى المذهب وبه قال ابن

باب ما يختلف به عدد الطلاق

يملك الحر ثلاث طلقات وان كان تحته أمة[١] ويملك العبد اثنتين ولو كان

مسعود رضى الله عنه وعطاء ومسروق والزهرى ومكحول ومالك واسحاق وروى عن على والنخعى ان قبلوها فواحدة بائنة وإن لم يقبلوا فواحدة رجعية وعن احمد رحمه الله تعالى مثل ذلك وعن زيد بن ثابت والحسن ان قبلوها فثلاث وان لم يقبلوها فواحدة وعن احمد مثل ذلك وقال ربيعة ويحيى بن سعيد وابو الزناد ومالك هى ثلاث على كل حال قبلوها أو ردوها وقال ابو حنيفة فيها كقوله فى الكنايات والظاهرة ومثله قال الشافعى واختلفا ههنا بناء على اختلافهما ولنا انه تمليك للبضع فافتقر فيه إلى القبول كقوله اختارى وامرك بيدك وعلى انها لا تكون ثلاثا انه لفظ محتمل فلا يحمل على الثلاث عند الاطلاق وعلى انها رجعية انها طلقة لمن عليها عدة بغير عوض وقول المصنف انها واحدة محمول على ماذا اطلق النية أو نوى واحدة فاما إن نوى ثلاثا أو اثنتين فهو على ما نوى لأنها كناية غير ظاهرة ولا بد ان ينوى بذلك الطلاق او يكون ثم دلالة حال لأنها كناية ولا بد من النية فيها وكذلك تعتبر النية من الموهوب له ويقع اقلهما اذا اختلفا فى النية على الصحيح من المذهب

[فائدة] لو نوى بالهبة والامر والخيار الطلاق فى الحال وقع قاله الأصحاب

(١) قوله « ويملك الحر الخ » هذا المذهب نص عليه روى ذلك عن عمر وعثمان وزيد وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب ومالك والشافعى واسحاق وابن المنذر وعنه ان الطلاق بالنساء فيملك زوج الحرة ثلاثا وان كان عبدا وزوج الأمة اثنتين وان كان حرا روى ذلك عن على وهو قول ابن مسعود والحسن وابن سيرين وعكرمة وعبيدة ومسروق والزهرى والحكم وحماد والثورى وابى حنيفة لما روت عائشة رضى الله عنها عن النبى ﷺ انه قال طلاق الأمة تطليقتان وقرؤها حيضتان رواه ابو داود وابن ماجه ولنا ان الله تعالى خاطب الرجال بالطلاق فكان حكمه معتبرا بهم وحديث عائشة قال ابو داود راويه مظاهر بن اسلم وهو منكر الحديث وقد اخرجه الدارقطنى عن عائشة رضى الله عنها مرفوعا طلاق العبد اثنتان فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره وقرء الأمة حيضتان وتتزوج الحرة على الأمة ولا تتزوج الامة على الحرة وهذا نص وقال الزركشى الاحاديث فى هذا الباب ضعيفة والذى يظهر من الآية الكريمة ان كل زوج يملك الثلاث مطلقا انتهى قال فى

تحته حرة وعنه ان الطلاق بالنساء فيملك زوج الحرة ثلاثا وان كان عبدا وزوج الامة اثنتين وان كان حرا . واذا قال انت الطلاق او الطلاق لى لازم ونوى الثلاث طلقت ثلاثا وان لم ينو شيئا(١) أوقال أنت طالق ونوى الثلاث

= الانصاف وهو قوى فى النظر فعلى المذهب لو علق العبد الثلاث بشرط فوجدت بعد عتقه طلقت ثلاثا على الصحيح من المذهب وقيل اثنتين ويملك الثالثة وان علق الثلاث بعتقه لغت الثالثة ولو عتق بعد طلقة ملك تمام الثلاث ولو عتق بعد طلقتين أو عتقا معا لم يملك ثالثة على الصحيح من المذهب

[فائدة] المعتق بعضه كالحر على الصحيح من المذهب نص عليه وقال فى الكافى هو كالقن

(١) قوله « واذا قال انت الطلاق الخ » وكذا قوله الطلاق يلزمنى او يلزمنى الطلاق أوعلى الطلاق ونحوه اذا ثبت ذلك فاعلم ان الصحيح من المذهب ان قوله انت الطلاق او الطلاق لى لازم أو الطلاق يلزمنى اويلزمنى الطلاق أو على الطلاق ونحوه صريح فى الطلاق منجزا كان او معلقا بشرط أو محلوفا به نص عليه لأن ذلك صريح فى المنصوص لانه لفظ بالطلاق وهو مستعمل فى عرفهم وذكر الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى ان قوله الطلاق يلزمنى ونحوه يمين باتفاق العقلاء والامم والفقهاء وخرجه على نصوص احمد قال فى الفروع وهو خلاف صريحها وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى ايضا ان حلف به نحو الطلاق لى لازم ونوى النذر كفر عند احمد ذكره عنه فى الفروع فى كتاب الايمان ونصره فى اعلام الموقعين هو والذى قبله وذكر أن الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى اختار عدم الكفارة فيها وهو مذهب ابن حزم فعلى المذهب ان لم ينو شيئا فروايتان احداهما تطلق ثلاثا صححها فى التصحيح قال فى الروضة هو قول جمهور اصحابنا لأن الالف واللام للاستغراق فتقتضى استغراق الكل وهو ثلاث والاخرى واحدة وهو المذهب لانه يحتمل ان تعود الالف واللام إلى معهود يريد الطلاق الذى اوقعته قال المصنف والأشبه فى هذا جميعه ان يكون واحدة فى حال الاطلاق لأن اهل العرف لايعتقدونه ثلاثا ولا يعلمون ان الالف واللام للاستغراق ولهذا ينكر احدهم ان يكون طلق ثلاثا ولا يعتقد انه طلق الا واحدة . واذا قال لامراته انت طالق ثلاثا فهى ثلاث وان نوى واحدة لا نعلم فيه خلافا

ففيه روايتان احداهما تطلق ثلاثا والاخرى واحدة(١). وان قال انت طالق واحدة ونوى ثلاثا لم تطلق الا واحدة فى أحد الوجهين(٢). وان قال انت طالق هكذا وأشار بأصابعه الثلاث طلقت ثلاثا(٣) وان قال أردت بعد المقبوضتين

[فائدة] لو قال الطلاق يلزمنى ونحوه لا افعل كذا وفعله وله اكثر من زوجة فان كان هناك نية أو سبب يقتضى التعميم او التخصيص عمل به ومع فقد السبب والنية خرجها بعض الأصحاب على الروايتين فى وقوع الثلاث بذلك على الزوجة الواحدة لأن الاستغراق فى الطلاق يكون تارة فى نفسه وتارة فى محله

(١) قوله « وان قال أنت طالق ونوى ثلاثا الخ » احداهما تطلق ثلاثا وهو المذهب على مااصطلحناه وهو قول مالك والشافعى وابى عبيد وابن المنذر لأن لفظه لو قرن به لفظ الثلاث كان ثلاثا فاذا نوى به الثلاث كان ثلاثا كالكنايات والاخرى واحدة وهو المذهب عند اكثر المتقدمين وهى اختيار الخرقى والقاضى وقال عليها الأصحاب واختارها الشريف وابو الخطاب وابن عقيل وجزم به فى الوجيز وهذا قول الحسن وعمرو بن دينار والثورى والاوزاعى واصحاب الراى لأن هذا اللفظ لايتضمن عددا ولا بينونة فلم يقع به الثلاث ولان قوله انت طالق اخبار عن صفة هى عليها فلم يتضمن العدد كقوله حائض وطاهر

[فائدتان] لو قال انت طالق طلاقا او طالق الطلاق ونوى ثلاثا طلقت ثلاثا بلا خــــلاف اعلمه قال فى الانصاف لأنه صرح بالمصدر والمصدر يقع على القليل والكثير وان اطلق وقع فى الأولى طلقة وكذا فى الثانية على الصحيح من المذهب

(الثانية) لو اوقع طلقة ثم قال جعلتها ثلاثا ولم ينو استئناف طلاق بعدها فواحدة ذكره فى الموجز والتبصرة واقتصر عليه فى الفروع

(٢) قوله « وان قال انت طالق واحدة الخ » وهو المذهب لأن لفظه لايحتمل اكثر منها فاذا نوى ثلاثا فقد نوى ما لايحتمله لفظه فلو وقع اكثر من ذلك لوقع بمجرد النية ومجرد النية لايقع بها طلاق

[تنبيه] محل الخلاف فى هذه المسئلة اذا قلنا فى المسئلة التى قبلها يقع الطلاق الثلاث فان قلنا تطلق هناك واحدة فهنا اولى

(٣) قوله « وان قال انت طالق هكذا الخ » لأن قوله هكذا صريح بالنسبة بالأصابع فى العدد وذلك يصلح بيانا كما قال ﷺ الشهر هكذا وهكذا وهكذا فاما =

قبل منه . وان قال انت طالق واحدة بل هـذه ثلاثا طلقت الاولى واحـدة والثانية ثلاثا وان قال انت طالق كل الطلاق أو أكثره أوجميعه أو منتهاه أو طالق كالف أو بعدد الحصى أو القطر أو الريح أوالرمل أو التراب طلقت ثلاثا وان نوى واحدة[١]، وان قال أشد الطلاق أو أغلظه أو أطوله أو أعرضه أو ملء الدنيا طلقت واحدة الا أن ينوى ثلاثا[٢]وان قال أنت طالق من واحدة

= ان قال انت طالق واشار باصابعه الثلاث ولم يقل هكذا لم يقع الا واحدة لأن اشارته لا تكفي وتوقف احمد عن الجواب

على قوله « قبل منه » ﷺ لأنه يحتمل مايدعيه قال فى الانصاف بلا خلاف اعلمه

على قوله « وان قال » ﷺ لاحدى امراتيه

على قوله « بل هذه » ﷺ أى الأخرى

على قوله « والثانية ثلاثا » ﷺ بلا نزاع لأنه أوقعه بهما كذلك اشبه مالو قال له على هذا الدرهم بل هذا فانه يجب عليه الدرهمان ولا يصح اضرابه عن الأول . ولو قال انت طالق بل هذه طلقتا نص عليه وان قال هذه اوهذه وهذه طالق وقع بالثالثة واحدى الأولين كهذه او هذه بل هذه طالق وقيل يقرع بين الأولى وبين الأخريين كهذه بل هذه او هذه طالق وقيل يقرع بين الأولين والثالثة

(١) قوله « وان قال انت طالق كل الطلاق الخ » وهـذا المذهب نص عليه كالف لان هذا يقتضى عددا ولان للطلاق اقل واكثر فاقله واحدة واكثره ثلاث وان قال كعدد الماء اوالتراب وقع ثلاث وقال ابو حنيفة يقع واحدة بائن لأن الماء او التراب من اسماء الأجناس لاعدد له ولنا ان الماء تتعددأنواعه وقطراته والتراب تتعدد انواعه واجزاؤه فاشبه الحصى وان قال يامائة طالق او انت مائة طالق طلقت ثلاثا وان قال انت طالق كمائة او الألف فهى ثلاث نص عليه وبه قال محمد بن الحسن وبعض اصحاب الشافعى وقال ابو حنيفة وابو يوسف ان لم يكن له نية وقعت واحدة لانه لم يصرح بالعدد وانما شبهها بالألف وليس الموقع المشبه به

(٢) قوله « وان قال أشد الطلاق الخ » وهذا المذهب قال احمد رحمه الله تعالى فيمن قال لامرأته انت طالق ملء البيت فان اراد الغلظة عليها يعنى يريد ان تبين منه فهو ثلاث فاعتبر نيته فدل على انه اذا لم ينو تقع واحدة وذلك لأن الوصف لا =

الى ثلاث طلقت طلقتين[١] ويحتمل ان تطلق ثلاثا وان قال انت طالق طلقة فى اثنتين ونوى طلقة مع طلقتين طلقت ثلاثا وان نوى موجبه عند الحساب وهو يعرفه طلقت طلقتين[٢] وان لم يعرفه فكذلك عند ابن حامد[٣] وعند القاضى تطلق واحدة[٤] وان لم ينو وقع بامرأة الحاسب طلقتان[٥] وبغيرها طلقة[٦] ويحتمل أن تطلق ثلاثا

يقتضى عددا وهذا لا نعلم فيه خلافا فاذا وقعت الواحدة فهى رجعية وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة واصحابه يكون بائنا لانه وصف الطلاق بصفة زائدة فتقتضى الزيادة عليها وذلك هو البينونة ولنا انه طلاق صادف مدخولا بها من غير استيفاء عدد ولا عوض فكان رجعيا فان قال انت مثل الجبل أومثل عظم الجبل ولا نية له وقعت طلقة رجعية وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة تقع بائنا وقال اصحابه ان كانت مثل الجبل كانت رجعية وان قال مثل عظم الجبل كانت بائنا ووجه القولين ما تقدم

(١) قوله «وان قال انت طالق من واحدة الخ» هذا المذهب وبه قال ابو حنيفة لأن مابعد الغاية لايدخل فيها كقوله تعالى ﴿ ثم اتموا الصيام الى الليل ﴾ وانما يدخل اذا كانت بمعنى مع وذلك خلاف موضوعها

على قوله «طلقت ثلاثا» بلا نزاع لانه يعبر بفى عن مع كقوله ﴿ فادخلى فى عبادى ﴾ فان قال اردت واحدة قبل منه وان كان حاسبا

(٢) قوله «وان نوى موجبه الخ» بلا نزاع لأن ذلك مدلول اللفظ عندهم وقد نواه وعرفه فيجب وقوعه كما لو قال انت طالق اثنتين

(٣) قوله «وكذلك عند ابن حامد» يعنى وان لم يعرف موجبه عند الحساب ونواه وهذا المذهب قياسا على الحاسب لاشتراكهما فى النية

(٤) قوله «وعند القاضى الخ» لأنه لا يصح منه قصد مالا يعرفه فهو كالاعجمى ينطق بالطلاق العربى ولا يفهمه

(٥) قوله «وان لم ينو الخ» هذا المذهب لأنه لفظ موضوع فى اصطلاحهم لاثنين فوجب العمل به

(٦) قوله «وبغيرها» يعنى بغير امراة الحاسب اذا لم ينو شيئا وهو الصحيح

فصل

اذا قال انت طالق نصف طلقة أو نصفي طلقة أو نصف طلقتين طلقت طلقة(١) وان قال نصفي طلقتين(٢) أو ثلاثة أنصاف طلقت طلقتين(٣) وان قال ثلاثة أنصاف طلقتين طلقت ثلاثا (٤) ويحتمل أن تطلق طلقتين . وان قال نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة أو نصف وثلث وسدس طلقة طلقت طلقة(٥)

[فائدة] اذا طلق زيد امراته فقال عمرو لزوجته انت مثلها او كهي ونوى الطلاق طلقت واحدة والا فلا

(١) قوله « اذا قال انت طالق نصف طلقة الخ » اذا قال انت طالق نصف طلقة او جزءا منها وان قل وقع طلقة كاملة فى قول عامة اهل العلم الا داود وقال لاتطلق بذلك قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم أنها تطلق بذلك وان قال نصف طلقتين طلقت واحدة لأن نصف الطلقتين طلقة وهذا المذهب

على قوله « أو نصفي طلقة » * طلقت طلقة وهذا المذهب لأن نصفي الشيء جميعه

(٢) قوله « وان قال نصفي الخ » وهذا المذهب لأن نصفي الشيء جميعه فهو كما قال انت طالق طلقتين

(٣) قوله « وان قال ثلاثة أنصاف الخ » هذا الصحيح من المذهب انها تطلق اثنتين لأن ثلاثة الأنصاف طلقة ونصف فكمل النصف فصار طلقتين وقيل تطلق واحدة وهو وجه لأصحاب الشافعي لأنه جعل الأنصاف من طلقة واحدة فسقط ما ليس منها ويقع طلقة

(٤)قوله « وان قال ثلاثة أنصاف طلقتين الخ» وهو المذهب نص عليه ويحتمل ان تطلق طلقتين اختاره ابن حامد لأن معناه ثلاثة انصاف من طلقتين وذلك طلقة ونصف ثم يكمل فيصير طلقتين قال الناظم وليس ببعد . ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين ، ولنا ان نصف الطلقتين طلقة وقد اوقعه ثلاثا فيقع ثلاثا

(٥) قوله « وان قال نصف طلقة الخ » هذا المذهب فيهن لأنه لم يعطف بواو العطف فدل على ان هذه الأجزاء من طلقة غير متغايرة وان الثانى ههنا يكون بدلا من الأول والثالث من الثانى والبدل هو المبدل او بعضه

وان قال نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة طلقت ثلاثا (١) وان قال لاربع أوقعت بينكن طلقة أو اثنتين أو ثلاثا أو أربعا وقع بكل واحدة طلقة ، وعنه اذا قال أوقعت بينكن ثلاثا ما أرى الا قد بن منه (٢) واختاره القاضي رحمه الله .وان قال أوقعت بينكن خمسا فعلى الاول يقع بكل واحدة طلقتان (٣)

فصل

وان قال نصفك أو جزء منك أو اصبعك (٤) أو دمك طالق

---

(١) قوله «فان قال الخ» لأنه عطف جزءا من طلقة على جزء من طلقة فظاهره انها طلقات متغايرة ولانه لو كانت الثانية هى الأولى لجاء بها بلام التعريف فقال ثلث الطلقة وسدس الطلقة

(٢) قوله «وان قال لأربع الخ» إذا قال اوقعت بينكن طلقة وقع بكل واحدة طلقة وهو المذهب وبه قال الحسن والشافعي وابو عبيد واصحاب الرأى لان اللفظ اقتضى قسمها بينهن لكل واحدة ربعها ثم تكمل وان قال بينكن طلقة فكذلك نص عليه وان قال اوقعت بينكن طلقتين فكذلك وهو المذهب وهو قول ابي حنيفة والشافعي وقال ابو بكر والقاضي يقع بكل واحدة طلقتان وعن احمد ما يدل عليه فانه روى عنه فى رجل قال اوقعت بينكن ثلاث تطليقات ما ارى الا قد بنّ منه والاول أولى

(٣) قوله «وان قال اوقعت بينكن خمسا الخ» اى يقع بكل طلقتان على المذهب وبه قال الحسن وقتادة والشافعي وابو ثور واصحاب الرأى لان نصيب كل واحدة تطليقة وربع ثم يكمل . وكذلك ان قال ستا او سبعا او ثمانيا . وان أوقع تسعا فازيد وقع بكل واحدة ثلاث على القولين جميعا

[فائدة] لو قال اوقعت بينكن طلقة وطلقة وطلقة وقع بكل واحدة ثلاث على كلا الروايتين لانه لما عطف وجب قسم كل طلقة طلقة على حدتها على كلا الروايتين على الصحيح من المذهب ويسوى فى ذلك بين المدخول بها وغيرها

(٤) قوله «وان قال نصفك الخ» متى طلق جزء من المرأة من أجزائها الثابتة طلقت كلها سواء كان شائعا كنصفها اوسدسها او جزأ من الف جزء منها او جزأ

طلقت[١] وان قال شعرك أو ظفرك أو سنك طالق لم تطلق[٢] وان أضافه الى الريق والدمع والعرق والحمل لم تطلق[٣] وان قال روحك طالق طلقت[٤] وقال ابو بكر رحمه الله تعالى لا تطلق

فصل فيما تخالف المدخول بها غيرها

اذا قال لمدخول بها أنت طالق أنت طالق طلقت طلقتين[٥] الا أن ينوى

= معينا كيدها او رأسها او اصبعها وهذا بلا نزاع فى المذهب وهذا قول الحسن ومذهب الشافعى وابى ثور وابن القاسم من اصحاب مالك

(١) قوله « وان قال دمك طالق طلقت » على الصحيح من المذهب

(٢) قوله « وان قال شعرك الخ » هذا المذهب وبه قال اصحاب الرأى ويحتمل ان تطلق ذكره صاحب المحرر وبه قال مالك والشافعى ونحوه عن الحسن لانه جزء يستباح بنكاحها ولنا انه جزء منفصل عنها فى حال السلامة وفارق الاصبع فانها لاتنفصل فى حال السلامة

(٣) قوله « وان اضافه الخ » لانعلم فى ذلك خلافا ولو قال سوادك أو بياضك طالق لم تطلق على الصحيح من المذهب

(٤) قوله « وان قال روحك الخ » هذا المذهب لان الحياة لاتبقى بدون روحها فهى كالدم وقال ابو بكر لايختلف قول احمد فى الطلاق والعتاق والظهار والحرام ان هذه الأشياء لاتقع اذا ذكر اربعة أشياء الشعر والسن والظفر والروح ووجهه ان الروح ليست عضوا ولا شيئاً يستمتع به

[فائدة] حكم العتق فى ذلك حكم الطلاق

(٥) قوله « اذا قال لمدخول بها الخ » وهذا المذهب لكن يشترط فى التاكيد ان يكون متصلا فان نوى بالثانية ايقاع طلقة ثانية وقع بها طلقتان بلا خلاف

[فوائد] لو قال أنت طالق أنت طالق أنت طالق ونوى بالثانية تأكيد الأولة لم يقبل ووقع ثلاثا لعدم اتصال التأكيد . وان اكد الثانية بالثالثة صح وان أطلق فطلقة واحدة

(الثانية) لو قال انت طالق طالق طالق طلقت واحدة مالم ينو اكثر

بالثانية التأكيد أو افهامها . وان قال لها انت طالق فطالق أو ثم طالق أو بل طالق أو طالق طلقة بل طلقتين أو بل طلقة او طالق طلقة بعدها طلقة أو قبل طلقة طلقت طلقتين (١) وان كانت غير مدخول بها بانت بالاولى ولم يلزمها ما بعدها (٢) وان قال لها انت طالق طلقة قبلها طلقة فكذلك عند

(الثالثة) لو قال انت مطلقة انت مسرحة انت مفارقة وقال اردت تاكيد الأولى بالثانية والثالثة قبل قوله وان اتى بالواو فهل يقبل منه ارادة التأكيد فيه احتمالات

(الرابعة) اذا قال انت طالق انت طالق ولم يكن له نية وقع طلقتان وبه قال ابو حنيفة ومالك وهو الصحيح من قولى الشافعى وقال فى الآخر تطلق واحدة واما غير المدخول بها فلا تطلق الا واحدة سواء نوى الإيقاع او غيره وسواء قال ذلك متصلا او منفصلا وهذا قول عكرمة والنخعى وحماد بن ابى سليمان والحكم والثورى والشافعى واصحاب الرأى وابى عبيد وابن المنذر وذكره الحكم عن على وزيد بن ثابت وابن مسعود وقال مالك والأوزاعى والليث يقع بها طلقتان وان قال ذلك ثلاثا طلقت ثلاثا اذا كان متصلا لأنه طلق ثلاثا بكلام متصل اشبه قوله انت طالق ثلاثا ولنا انه طلاق مفرق فى غير المدخول بها فلم يقع الا الاولى كما لو فرق كلامه ولان غير المدخول بها تبين بطلقة لانه لاعدة عليها فتصادفها الطلقة الثانية بائنا ولانه قول من سمينا من الصحابة ولا نعلم لهم مخالفا فى عصرهم فيكون اجماعاً

(١) قوله « وان قال انت طالق فطالق الخ » وقوع طلقتين بقوله انت طالق فطالق أو ثم طالق أو بل طالق لاعلم فيه خلافا قاله فى الانصاف ووقوع طلقتين بقوله انت طالق طلقة بل طلقتين هو الصحيح من المذهب نص عليه وقال أبو بكر وابن الزغوانى تطلق ثلاثا ووقوعه بقوله انت طالق طلقة بل طلقة هو الصحيح من المذهب وعنه تطلق واحدة فقط ووقوع طلقتين بقوله انت طالق طلقة قبل طلقة الخ هو الصحيح من المذهب وقيل تطلق واحدة اختاره القاضى

(٢) قوله « وان كانت غير مدخول بها الخ » يعنى فى المسائل كلها وتقدم الخلاف فى ذلك فى اول هذا الفصل ودخل فى كلامه انت طالق طلقة بعدها طلقة او قبل طلقة وكذا انت طالق طلقة بعد طلقة فلا يقع عنده بغير المدخول بها الا واحدة وهو احد الوجهين وهو المذهب

القاضى[١] وعند ابى الخطاب تطلق اثنتين . وان قال لها انت طالق طلقة معها طلقة أو مع طلقة أو طالق وطالق طلقت طلقتين[٢] والمعلق كالمنجز فى هذا[٣] فلو قال ان دخلت الدار فانت طالق وطالق أو طالق طلقة معها طلقة او مع طلقة فدخلت طلقت طلقتين[٤] ولو قال ان دخلت فانت طالق فطالق أو ثم طالق فدخلت طلقت طلقة واحدة ان كانت غير مدخول بها [٥] واثنتين ان كانت مدخولا بها [٦] وان قال ان دخلت فانت طالق ان دخلت فانت طالق فدخلت طلقت اثنتين بكل حال[٧]

---

(١) قوله « فكذلك عند القاضى » يعنى تبين بطلقة فى غير المدخول بها وهذا المذهب وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال ابو بكر وابو الخطاب يقع اثنتان لانه استحال وقوع الطلقة الأخرى قبل الطلقة الموقعة فوقعت معها وهـــذا قول ابى حنيفة ولنا انه طلاق بعضه قبل بعض فلم يقع بغير المدخول بها جميعه

(٢) قوله « وان قال انت طالق طلقة معها طلقة الخ » وقوع طلقتين بقوله انت طالق طلقة معها طلقة او مع طلقة لانزاع فيه فى المذهب فى المدخول بها وغيرها وان قال معها اثنتان وقع بها ثلاث فى قياس المذهب ووقوع طلقتين بقوله انت طالق وطالق لغير المدخول بها هو الصحيح من المذهب نص عليه لان الواو ليست للترتيب

(٣) قوله « والمعلق الخ » وهذا المذهب سواء قدم الشرط او اخره اوكرره فلو قال ان دخلت الدار فانت طالق ثم طالق فدخلت طلقت طلقة ان كان غير مدخول بها وثلاثا ان كان مدخولا بها وهذا المذهب مطلقا

(٤) قوله « فلو قال ان دخلت الدار الخ » اى لانه وجد شرط وقوعهما معا اشبه مالو قال انت طالق اثنتين

(٥) قوله « ان كانت غير مدخول بها» أى لأنها تبين بالأولى فيجب ان يلحقها ما بعدها

(٦) قوله « واثنتين إن كانت مدخولا بها » أى لانها لا تبين بالأولى فيتعين ايقاع الثانية

(٧) قوله « طلقت اثنتين بكل حال » أى لأن التعليق يقتضى إيقاع الطلاق =

باب الاستثناء فى الطلاق

حكى عن أبى بكر رحمه الله تعالى انه قال لا يصح الاستثناء فى الطلاق والمذهب على انه يصح استثناء ما دون النصف ولا يصح فيما زاد عليه[١] وفى النصف وجهان[٢] فاذا قال انت طالق ثلاثا الا واحدة طلقت اثنتين وان قال انت طالق ثلاثا الا ثلاثا أو ثلاثا الا اثنتين أو خمسا الا ثلاثا أو ثلاثا الا ربع طلقة طلقت ثلاثا[٣] وان قال انت طالق طلقتين الا واحدة فعلى وجهين وان

= بشرط الدخول بها وقد كرر التعليق فيتكرر الوقوع كما لو قال ان دخلت فانت طالق طلقتين وان كرر الشروط ثلاثا طلقت ثلاثا فى قول الجميع لأن الصفة وجدت فاقتضى وقوع الثلاث دفعة واحدة .

(١) قوله « والمذهب انه يصح استثناء مادون النصف الخ » اذا استثنى فى الطلاق بلسانه صح استثناؤه وهو قول جماعة اهل العلم قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان الرجل اذا قال لامرأته انت طالق ثلاثا الا واحدة انها تطلق طلقتين منهم الثورى والشافعى واصحاب الرأى وقال ابو بكر لا يؤثر الاستثناء فى عدد الطلقات ويجوز فى المطلقات فلو قال انت طالق ثلاثا إلا واحدة وقع ثلاث ولو قال نسائى طوالق الا فلانة لم تطلق لأن الطلاق لا يمكن رفعه بعد ايقاعه وهذا باطل بما سلمه فى المطلقات وليس الاستثناء رفع لما وقع اذ لو كان كذلك لما صح فى المطلقات والاعتاق والاقرار والاخبار وانما هو مبين ان المستثنى ليس مرادا بالكلام فهو يمنع ان يدخل فيه مالولاه لدخل كقوله فلبث فيهم الف سنة الاخمسين عاما وقوله اننى براء مما تعبدون الا الذى فطرنى ولا يصح فيما زاد عليه وهذا المذهب ولا يصح استثناء الكل ولا الأكثر نص عليه ونصره فى الشرح والاكثرون على ان ذلك جائز

(٢) قوله « وفى النصف وجهان » احدهما يصح وهو المذهب

(٣) قوله « وان قال أنت طالق ثلاثا الخ » اذا قال انت طالق ثلاثا الا ثلاثا وقع ثلاث بغير خلاف لان الاستثناء لرفع بعض المستثنى منه فلا يصح ان يرفع جميعه وان قال ثلاث الا اثنتين وقع ثلاثا على المذهب بناء على انه لايصح استثناء الاكثر وقيل تطلق اثنتين بناء على القول الآخر وان قال خمسا الا ثلاثا وقع ثلاث =

قال انت طالق ثلاثا الا اثنتين الا واحدة فهل تطلق ثلاثا أواثنتين؟ على وجهين [١] وان قال انت طالق ثلاثا الا واحدة أو طالق وطالق وطالق الا واحدة أو طلقتين وواحدة الا واحدة أوطلقتين و نصفا الا طلقة طلقت ثلاثا [٢] ويحتمل ان يقع طلقتان . وان قال انت طالق ثلاثا واستثنى بقلبه الا واحدة وقعت الثلاث [٣] وان قال نسائى طوالق واستثنى واحدة بقلبه لم تطلق [٤]

= على المذهب لأن الاستثناء ان عاد الى الخمس فقد استثنى الاكثر وان عاد الى الثلاث التى يملكها فقد رفع جميعها وكلاهما لايصح ، وكذا قوله ثلاثا الا ربع طلقة هو المذهب بلا ريب لأن الطلقة الناقصة تكمل فتصير ثلاثا ضرورة ان الطلاق لايتبعض

(١) قوله « وان قال انت طالق ثلاثا الا اثنتين الخ » لا يصح الاستثناء من الإستثناء فى الطلاق خلافا للرعاية الا فى هذه المسئلة فى احد الوجهين احدهما تطلق اثنتين وهو المذهب لأنه استثنى الواحدة مما قبلها فيبقى واحدة وهى مستثناة من ثلاثة فيصير كقوله انت طالق ثلاثا الا واحدة

(٢) قوله « وان قال انت طالق ثلاثا الا ثلاثا الا واحدة الخ » وهو المذهب لان الاستثنا ء فى الأولى باطل ولا يصح الاستثناء منه وقيل يعود استثناء الواحدة الى اول الكلام فيقع طلقتان واما ما بعدها من المسائل ففيها وجهان احدهما لايصح الاستثناء وهو المذهب لان الاستثناء يرفع الجملة الاخيرة بكمالها من غير زيادة عليها فيصير ذكرها واستثناؤها لغوا ، وكل استثناء افضى تصحيحه الى الغائه والغاء المستثنى منه بطل كاستثناء الجميع . والوجه الثانى يصح الاستثناء ويقع طلقتان لأن العطف بالواو يجعل الجملتين كالجملة الواحدة فيصير مستثنيا واحدة من ثلاث ولذلك لو قال له على مائة وعشرون الا خمسين صح والأول مذهب ابى حنيفة والشافعى

(٣) قوله « وان قال أنت طالق الخ » اما فى الحكم فلا يقبل قولا واحدا لأن العدد نص فيما تناوله فلا يرتفع بالنية لأن اللفظ أقوى واما فى الباطن فالصحيح من المذهب أنه لايدين كما هو ظاهر كلام المصنف

(٤) قوله « وان قال نسائى الخ » أى فيقبل فيما بينه وبين الله تعالى قولا واحدا وظاهر كلام المصنف انه يقبل فى الحكم أيضا وهو الصحيح من الروايتين والمذهب منهما لأنه لايسقط اللفظ وانما استعمل العموم فى الخصوص وذلك سائغ والثانية لايقبل وهو مذهب الشافعى واختاره ابن حامد

باب الطلاق فى الماضى والمستقبل

اذا قال لامراته انت طالق أمس أو قبل أن أنكحك ينوى الايقاع وقع[(١)] وان لم ينو لم يقع فى ظاهر كلامه[(٢)] وقال القاضى رحمه الله يقع وحكى عن ابى بكر لا يقع اذا قال انت طالق أمس ويقع اذا قال قبل أن أنكحك وان قال أردت أن زوجا قبلى طلقها أو طلقتها أنا فى نكاح قبل هذا قبل منه اذا احتمل الصدق فى ظاهر كلام أحمد رضى الله عنه[(٣)] وان مات اوجن أو خرس

[فائدتان] لو قال نسائى الأربع طوالق واستثنى واحدة بقلبه طلقت فى الحكم على الصحيح من المذهب

(الثانية) يعتبر للاستثناء والشرط ونحوهما اتصال معتاد لفظا او حكما كانقطاعه بنفس ونحوه قال القاضى وغيره وقطع به فى المحرر وغيره ويعتبر ايضا نيته قبل تكميل ما الحقه به قال فى القواعد الأصولية وهو المذهب وقيل يصح بعد تكميل ما الحقه به قطع به فى المبهج والمستوعب والمغنى والشرح قال فى الترغيب هو ظاهر كلام اصحابنا واختاره الشيخ تقى الدين وقال دل عليه كلام احمد وعليه متقدمو اصحابه وقال لايضر فصل يسير بالنية وبالاستثناء

(١) قوله « ينوى الايقاع وقع » وهذا المذهب لأنه اعترف على نفسه بما هو اغلظ

(٢) قوله « وان لم ينو لم يقع الخ » هذا المذهب وهو من مفرداته وقول القاضى هو مذهب الشافعى لأنه وصف الطلقة بمالا تتصف به فلغت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال لمن لا سنة لها ولا بدعة انت طالق للسنة ووجه الأول ان الطلاق وقع للاستباحة ولا يمكن رفعها فى الزمن الماضى فلم يقع كما لو قال انت طالق قبل قدوم زيد بيومين فقدم اليوم فان الأصحاب لم يختلفوا فى ان الطلاق لايقع وهو قول اكثر اصحاب الشافعى وهذا طلاق فى زمن ماض وتعليل قول ابى بكر ان قوله أمس لا يمكن وقوع الطلاق فيه وقبل تزوجها متصور الوجود فانه يمكن ان يتزوجها ثانيا وهذا الوقت قبله فوقع فى الحال كما لو قال انت طالق قبل قدوم زيد

(٣) قوله « وان قال اردت أن زوجا الخ » اما فيما بينه وبين الله تعالى فيدين على الصحيح من المذهب واما فى الحكم فظاهر كلام المصنف انه يقبل فى الحكم أيضا =

قبل العلم بمراده فهل تطلق على وجهين(١) وان قال انت طالق قبل قدوم زيد بشهر فقدم قبل مضى الشهر لم تطلق(٢) وان قدم بعد شهر وجزء يقع فيه الطلاق تبينا وقوعه فيه(٣) وان خالعها بعد اليمين بيوم وكان الطلاق بائنا ثم قدم زيد بعد الشهر بيومين صح الخلع وبطل الطلاق(٤) . وان قدم بعد شهر وساعة وقع الطلاق دون الخلع(٥) وان قال انت طالق قبل موتى طلقت فى

= وهو مقيد بما اذا لم تكذبه قرينة من غضب او سؤالها الطلاق ونحوه فلا يقبل قولا واحدا وكلام المصنف هو المذهب واحدى الروايتين لأنه فسره بما يحتمله

[تنبيه] ظاهر قوله قبل منه الخ أنه يشترط ان يكون ذلك وجد منه أو من الزوج الذى قبله وهو قول ابى الخطاب وقدمه فى الشرح وغيره وقال القاضى يقبل مطلقاوقدمه فى الفروع

(١) قوله « فان مات الخ » احدهما لاتطلق وهو الصحيح من المذهب

(٢) قوله « وان قال انت طالق قبل قدوم زيد بشهر الخ » وكذا اذا قدم مع الشهر وهو المذهب حتى قال المصنف والشارح فى المسئلة الأولى لم تطلق بغير اختلاف من اصحابنا وهو قول اكثر اصحاب الشافعى لانه تعليق للطلاق على صفة ممكنة الوجود فوجب اعتبارها واما فى الثانية فلأنه لابد من جزء يقع الطلاق فيه

(٣) قوله « وان قدم بعد شهر الخ » هذا بلا نزاع وبه قال الشافعى وزفر وقال ابو حنيفة وصاحباه يقع عند قدوم زيد لانه جعل الشهر شرطا لوقوع الطلاق فلا يسبق الطلاق شرطه . ولنا انه اوقع الطلاق فى زمن على صفة فاذا حصلت الصفة وقع فيه

[فائدة] لها النفقة من حين التعليق الى ان يتبين وقوع الطلاق

على قوله « تبينا وقوعه فيه » ۞ وان وطئه محرم فان كان وطىء لزمه المهر

(٤) قوله « صح الخلع وبطل الطلاق » هذا الصحيح لاخلاف فيه لان الطلاق لم يصادفها الا بائنا والبائن لايقع عليها الطلاق

(٥) قوله « وان قدم بعد شهر الخ » بلا خلاف قاله فى الانصاف لانها طلقت فى الساعة وهى زوجة ولان الخلع صادفها بائنا وخلع البائن غير صحيح وحينئذ لها الرجوع بالعوض إلا ان يكون الطلاق رجعيا لان الرجعية يصح خلعها مالم تنقض عدتها

الحال[١] قال وان قال بعد موتى أو مع موتى لم تطلق[٢] وان تزوج امة أبيه ثم قال اذا مات أبى أو اشتريتك فأنت طالق فمات أبوه او اشتراها لم تطلق[٣]

[فائدة] وكذا الحكم لو قال انت طالق قبل موتى بشهر لكن لا ارث لبائن لعدم التهمة ولو قال اذا مت فانت طالق قبله بشهر لم يصح لأنه اوقعه بعده فلا يقع قبله لمضيه

(١) قوله « وان قال أنت طالق قبل موتى الخ » وهذا المذهب وعليه الأصحاب لان ماقبل موته من حين عقد الصفة محل للطلاق فوقع فى أوله وان قال قبل موتك او موت زيد فكذلك . وان قال انت طالق قبيل موتى او قبيل قدوم زيد لم يقع فى الحال وانما يقع ذلك فى الجزء الذى يليه الموت لان ذلك تصغير يقتضى الجزء الصغير الذى يبقى . وان قال انت طالق قبل قدوم زيد او قبل دخول الدار فقال القاضى تطلق فى الحال سواء قدم زيد او لم يقدم

(٢) قوله « وان قال مع موتى الخ » بلا نزاع بين الأصحاب نص عليه وكذا ان قال بعد موتك او مع موتك وبه قال الشافعى ولا نعلم فيه مخالفا لانها تبين بموت احدهما فلا يصادف الطلاق نكاحاً يزيله

[فائدتان] لو قال انت طالق يوم موتى ففى وقوع الطلاق وجهان احدهما تطلق فى اوله قال فى الانصاف وهو الصواب والثانى لاتطلق

(الثانية) لو قال أطولكما حياة طالق فبموت احداهما يقع الطلاق بالأخرى اذاً على الصحيح من المذهب وقيل تطلق وقت يمينه

(٣) قوله « وان تزوج أمة أبيه الخ » ما قدمه المصنف هو اختيار القاضى فى المحرر وابن عقيل فى الفصول وجزم به فى الوجيز وقدمه فى الكافى والنظم قال ابن منجا فى شرحه هذا المذهب لانه بالموت والشراء يملكها فينفسخ نكاحها بالملك وهو زمن الطلاق فلم يقع والاحتمال هو المذهب قال فى الشرح هذا اظهر قال ابو الخطاب هو الصحيح واختاره القاضى فى الخلاف والجامع والشريف وابن عقيل فى عمد الأدلة وغيرهم لأن الموت سبب ملكها وطلاقها وفسخ النكاح يترتب على الملك فيوجد الطلاق فى زمن الملك السابق على الفسخ فيثبت حكمه

[فائدة] لو قال اذا ملكتك فانت طالق فمات الأب او اشتراها لم تطلق على الصحيح من المذهب قال فى المحرر والحاوى الصغير لم تطلق وجها واحدا

ويحتمل ان تطلق فان كانت مدبرة فمات ابوه وقع الطلاق والعتق معا (١)

فصل

وان قال انت طالق لأشربن الماء الذى فى الكوز ولا ماء فيه أو لأقتلن فلانا الميت أو لأصعدن السماء أو لأطيرن أو ان لم أصعد السماء ونحوه طلقت فى الحال(٢) وقال أبو الخطاب فى موضع لا تنعقد يمينه . وان قال انت طالق ان شربت ماء الكوز ولا ماء فيه أو صعدت السماء أو شاء الميت والبهيمة لم تطلق فى أحد الوجهين وتطلق فى الآخر(٣) وان قال انت طالق اليوم اذا جاء غد فعلى وجهين(٤) وقال القاضى لا تطلق

---

(١) قوله « فان كانت مدبرة الخ » اى إن قال الأب اذا مت فانت حرة وقال الابن اذا مات ابى فانت طالق وكانت تخرج من الثلث ثم مات الأب وقع العتق والطلاق لانه لاتنافى بينهما

(٢) قوله « وان قال أنت طالق لاشربن الماء الخ » هذا تعليق بعدم وجود المستحيل وعدم فعله ومن جملة امثلته ان لم اشرب ماء الكوز ولاماء فيه او ان لم اطر وهو المذهب وصححه المصنف والشارح كما لو قال انت طالق ان لم ابع عبدى فمات العبد ولانه علق الطلاق على نفى فعل المستحيل وعدمه معلوم فى الحال وفى الثانى فوقع الطلاق

(٣) قوله « ولو قال أنت طالق ان شربت ماء الكوز الخ » المذهب انها لا تطلق لانه علق الطلاق بصفة لم توجد ولان مالا يقصد تنفيذه يعلق على المحال كقوله تعالى ﴿ لايدخلون الجنة حتى يلج الجمل فى سم الخياط ﴾ وكقول الشاعر :

اذا شاب الغراب اتيت أهلى وعاد القار كاللبن الحليب

(٤) قوله « وان قال أنت طالق اليوم الخ » أحدهما لا تطلق مطلقا بل هو لغو وهو الصحيح من المذهب

[فائدة] لو قال انت طالق ثلاثا على مذهب السنة والشيعة واليهود والنصارى فقال القاضى فى الدعاوى من حواشى التعليق تطلق ثلاثا لاستحالة الصفة لأنه لا مذهب لهم ولقصده التأكيد انتهى . قال فى الانصاف ويقرب من ذلك

فصل

في الطلاق في زمن مستقبل . اذا قال انت طالق غدا أو يوم السبت أو في رجب طلقت باول ذلك[١] وان قال انت طالق اليوم أو في هذا الشهر طلقت في الحال[٢] فان قال أردت في آخر هذه الاوقات دُين[٣] وهل يقبل في

= قوله انت طالق على سائر المذاهب لاستحالة الصفة والظاهر انه اراد التاكيد بل هذه اولى من التي قبلها ولم ارها للأصحاب وقال ابو نصر بن الصباغ والدامغاني من الشافعية تطلق في الحال قال ابو نصر بن الصباغ وسمعت من رجل فقيه كان يحضر عند ابي الطيب ان القاضي قال لايقع لأنه لايكون قد اوقع ذلك على المذاهب كلها قال ابن منصور ولا بأس بهذا القول

(١) قوله « اذا قال انت طالق غدا الخ » هذا بلا نزاع فيقع الطلاق في أول جزء من الليلة الأولى منه و ذلك حين تغرب الشمس من آخر الشهر الذي قبله وبهذا قال ابو حنيفة وقال ابو ثور يقع الطلاق في آخره ولنا انه جعل الشهر ظرفا للطلاق فاذا وجد مايكون ظرفا له طلقت كما لو قال اذا دخلت الدار فانت طالق فاذا دخل اول جزء منها طلقت فاما إن قال ان لم اقضك في شهر رمضان فامرأتي طالق لم تطلق حتى يخرج رمضان قبل قضائه وفي الموضعين لايمنع من وطء زوجته قبل الحنث وقال مالك يمنع وكذلك كل يمين على فعل يفعله يمنع الوطء قبل فعله لأن الظاهر انه على حنث . ولنا ان طلاقه لم يقع فلا يمنع من الوطء لأجل اليمين كما لو حلف لافعلت كذا ولو صح ماذكره لوجب ايقاع الطلاق

(٢) قوله « وان قال انت طالق اليوم الخ » قال في الانصاف بلا خلاف اعلمه وكذلك لو قال انت طالق في الحول طلقت في اوله على الصحيح من المذهب وعنه لايقع الا في رأس الحول اختاره ابن ابي موسى قال في الفروع وهو اظهر

(٣) قوله « وان قال اردت الخ » اذا قال انت طالق غدا أو يوم السبت وقال أردت في آخر ذلك فقطع المصنف انه يدين وجزم به في المغني والشرح وغيره لأن آخر الشهر منه فارادته له لاتخالف ظاهر لفظه وكذلك اوسطه اذ ليس أوله باولى في ذلك من وسطه وآخره بل ربما كان آخره اولى لأنه متيقن وما قبله مشكوك فيه وقال في الفروع والمنصوص انه لايدين وقدمه في المحرر ومال اليه الناظم وهو المذهب وأما ماعدا هاتين المسئلتين فقطع المصنف ايضا انه يدين وهو المذهب

الحكم ؟يخرج على روايتين . وان قال انت طالق اليوم وغدا وبعد غد أو في اليوم وفي غد وفي بعده فهل تطلق ثلاثا أو واحدة ؟ على وجهين[١] وقيل تطلق في الاولى واحدة وفي الثانية ثلاثا[٢] وان قال انت طالق اليوم ان لم اطلقك اليوم طلقت في آخر جزء منه وقال ابو بكر لاتطلق[٣] وان قال انت طالق يوم يقدم زيد فماتت غدوة وقدم بعد موتها فهل وقع بها الطلاق؟ على وجهين[٤] وان قال انت طالق في غد اذا قدم زيد فماتت قبل قدومه لم تطلق[٥] وان قال انت طالق

---

(١) قوله « وان قال انت طالق اليوم الخ » احدهما تطلق واحدة كقوله انت طالق كل يوم صححه في الانتصار الا ان ينوى اكثر ولأنها اذا طلقت اليوم فهي طالق في غد وفي بعده والثاني ثلاثا لان ذكره لاوقات الطلاق يدل على مقداره

(٢) قوله « وقيل الخ » وهـــذا هو المذهب لان من طلقت في اليوم الأول يصح ان يقال هي طالق في الثاني والثالث واما في الثانية فلأن اعادة في تقتضي فعلا فكانه قال انت طالق في اليوم وانت طالق في غد وانت طالق في بعد غد قال في الفروع ويتوجه ان يخرج انت طالق كل يوم او في كل يوم على هذا الخلاف

[فائدة] اذا قال انت طالق الى رمضان او اذا كان رمضان او الى هلال رمضان او في هلال رمضان طلقت ساعة يستهل الا ان يقول من الساعة الى الهلال فتطلق في الحال . وان قال انت طالق في مجيء ثلاثة ايام طلقت في أول اليوم الثالث

(٣) قوله « وان قال أنت طالق اليوم الخ» وهو المذهب نص عليه لان خروج اليوم يفوت به طلاقها فوجب وقوعه قبله في آخر وقت الامكان كما لو مات احدهما في اليوم وهـــذا قول اصحاب الشافعي . وقال ابو بكر لا تطلق وقدمه في الخلاصة والرعايتين والنظم لأن شرط طلاقها خروج اليوم وبخروجه يفوت محل طلاقها

(٤) قوله « وان قال أنت طالق يوم الخ » احدهما يقع بها الطلاق من اول اليوم وهو الصحيح من المذهب قال في الشرح وهو اولى كما لو قال انت طالق يوم الجمعة

على قوله « وقدم بعد موتها » ؛ يعني في ذلك اليوم

(٥) قوله « وان قال أنت طالق في غد الخ » هـذا احد الوجهين جزم به في الكافي والشرح والنظم والوجيز وغيرهم لان الوقت الذي اوقع طلاقها فيه لم يأت وهي محل للطلاق فلم تطلق كما لو ماتت قبل دخول ذلك اليوم والوجه الثاني تطلق =

اليوم غدا طلقت اليوم واحدة[١] الا ان يريد طالق اليوم وطالق غدا [٢] أو نصف طلقة اليوم ونصفها غدا فتطلق اثنتين[٣] وان نوى نصف طلقة اليوم وباقيها غدا احتمل وجهين[٤] . وان قال انت طالق الى شهر طلقت عند انقضائه[٥] الا ان ينوى طلاقها فى الحال[٦] . وان قال انت طالق فى آخر

= وهو المذهب قال فى المستوعب ذكر اصحابنا انه يحكم بطلاقها بناء على ما اذا نذر أن يصوم غدا اذا قدم زيد فقدم وقد اكل فانه يلزمه قضاؤه لان نذره انعقد فعلى المذهب يقع الطلاق عقيب قدومه

على قوله « فماتت قبل قدومه لم تطلق » . وقيل تطلق وهو المذهب فعلى المذهب يقع الطلاق عقب قدومه على الصحيح

(١) قوله « وان قال أنت طالق اليوم غدا الخ » أى لأن من طلقت اليوم فهى طالق غدا

(٢) قوله « إلا ان يريد الخ » أى فتطلق اثنتين قال فى الانصاف بلا خلاف اعلمه

(٣) قوله « وان أراد نصف طلقة الخ » وهذا الصحيح من المذهب لأن كل نصف يكمل

(٤) قوله « وان نوى الخ » احدهما تطلق واحدة وهو الصحيح من المذهب لانه إذا قال نصفها اليوم كملت فلم يبق لها بقية تقع غدا ولم يبق شىء غيرها لانه ما أوقعه

(٥) قوله « وان قال انت طالق إلى شهر الخ » وكذا الى حول وهذا المذهب بشرطه روى ذلك عن ابن عباس وابى ذر وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة تطلق فى الحال لأن قوله انت طالق ايقاع فى الحال وقوله الى شهر كذا توقيت له وغاية وهو لا يقبل التأقيت فوقع فى الحال . ولنا ان ذلك قد روى عن ابن عباس وأبى ذر ولانه جعل ذلك غاية للطلاق ولاغاية لآخره فوجب أن يجعل غاية لأوله ولان هذا يحتمل أن يكون موقتا لإيقاعه فلم يقع الطلاق بالشك وعنه تطلق اذا كنيته

(٦) قوله « الا أن ينوى الخ » أى فتطلق فى الحال وهذا المذهب

[فائدة] اذا قال انت طالق من اليوم الى سنة طلقت فى الحال لان من لابتداء =

الشهر[١] أو أول آخره طلقت بطلوع فجر آخر يوم منه[٢] وان قال فى آخر أوله طلقت فى آخر يوم من أوله[٣]، وقال أبو بكر تطلق فى المسئلتين بغروب شمس الخامس عشر منه . وان قال اذا مضت سنة فأنت طالق طلقت اذا مضى اثنا عشر شهرا بالاهلة ويكمل الشهر الذى حلف فى اثنائه بالعدد[٤] وان قال اذا مضت السنة فانت طالق طلقت بانسلاخ ذى الحجة[٥] وان قال انت طالق فى كل سنة طلقة طلقت الاولى فى الحال والثانية فى أول المحرم وكذا الثالثة فان قال أردت بالسنة اثنى عشر شهرا دُين . وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على

= الغاية فتقتضى ان طلاقها فى اليوم فان اراد وقوعه بعد سنة لم يقع الا بعدها وان قال اردت تكرير طلاقها من حين لفظت به الى سنة طلقت من ساعتها ثلاثا اذا كانت مدخولا بها

(١) قوله « وان قال أنت طالق فى آخر الشهر الخ » هذا أحد الأوجه واختاره الاكثر لأن آخر الشهر آخر يوم منه ولأنه اذا علق الطلاق على وقت تعلق باوله وقيل تطلق بغروب شمس الخامس عشر منه وقيل تطلق فى آخر جزء منه قدمه فى الفروع قال فى الانصاف وهو الصواب وهو المذهب على ما اصطلحناه فى الخطبة

(٢) قوله « أو أول آخره » يعنى لو قال انت طالق فى اول آخر الشهر طلقت بطلوع فجر آخر يوم منه وهو المذهب فعلى المذهب يحرم وطئه فى تاسع عشرين

(٣) قوله « وان قال فى آخر أوله الخ » هذا احد الوجوه لأن ذلك آخر يوم من اوله قال ابن المنجا فى شرحه هذا المذهب قال المصنف فى المغنى والشارح هذا اصح وقيل تطلق بطلوع فجر اول يوم منه وهو المذهب

(٤) قوله « وان قال اذا مضت سنة الخ » هذا المذهب لأن السنة كلها معتبرة بالأهلة لأنها السنة التى جعلها الله مواقيت للناس بالنص فاذا حلف فى أول الشهر طلقت اذا مضى اثنا عشر شهرا بالأهلة وان كان الحلف فى اثناء الشهر وجب تكميل الشهر بالعدد ثلاثين يوما وعنه يكمل بالعدد وعند الشيخ تقى الدين الى مثل تلك الساعة

(٥) قوله « وان قال اذا مضت السنة الخ » قال فى الانصاف بلا خلاف اعلمه لأنه لما ذكرها بلام التعريف انصرف الى السنة المعروفة وهى التى آخرها ذو الحجة فان قال اردت بالسنة اثنى عشر شهرا دين وهل تقبل فى الحكم على روايتين احدهما يقبل وهو المذهب

روايتين[١] وان قال أردت أن يكون ابتداء السنين المحرم دُين ولم يقبل فى الحكم [٢] وان قال انت طالق يوم يقدم زيد فقدم زيد ليلا لم تطلق[٣] الا ان يريد باليوم الوقت فتطلق[٤] وان قدم به ميتا أو مكرها لم تطلق[٥]

---

(١) قوله « وهل يقبل فى الحكم الخ » احداهما يقبل وهو المذهب

[تنبيه] محل هذا اذا دخلت عليها السنتان وهى فى نكاحه او ارتجعها فى عدة الطلاق او جدد نكاحها بعد ان بانت فان انقضت عدتها بانت منه فاذا دخلت الثانية لم تطلق وكذا الثالثة اذا دامت بائنا حتى انقضت الثانية والثالثة ولو نكحها فى السنة الثانية او الثالثة وقعت الطلقة عقب العقد جزم به فى الفروع قال فى المغنى اقتضى قول اصحابنا وقوع الطلاق عقب تزويجه بها اذا تزوجها فى أثناء السنة الثانية لأنه جزء من السنة الثانية التى جعلها ظرفا للطلاق . قال وقال القاضى تطلق بدخول السنة الثالثة وان كان نكاحها فى السنة الثالثة طلقت بدخول السنة الرابعة انتهى . ومحل هذا ايضا على المذهب فاما على قول أبى الحسن التميمى ومن وافقه فتنحل الصفة بوجودها فى حال البينونة فلا تعود بحال

(٢) قوله « وان قال أردت الخ » وهو المذهب لانه خلاف الظاهر قال المصنف والأولى ان يخرج على روايتين

(٣) قوله « وان قال يوم يقدم الخ » وهو المذهب نص عليه لانه لم يوجد الشرط اذ اليوم اسم لبياض النهار ولم يوجد

(٤) قوله « إلا أن يريد الخ » أى فتطلق بلا خلاف نعلمه قاله فى الانصاف

[تنبيه] مفهوم قوله فقدم ليلا انه لو قدم نهارا طلقت وهو صحيح بلا خلاف اذا قدم حيا عند الجمهور قال الخلال يقع قولا واحدا فعلى المذهب فى وقت وقوع الطلاق وجهان احدهما تطلق من اول النهار وهو المذهب جزم به فى المغنى والشرح والوجه الثانى تطلق عقيب قدومه وفائدة الخلاف الارث وعدمه

(٥) قوله « وان قدم ميتا الخ » هذا المذهب وهو قول الشافعى لأن الفعل ليس منه والفعل لاينسب الى غير فاعله الا مجازا وقال أبو بكر فى التنبيه تطلق وهو رواية ومحل الخلاف اذا لم يكن نية اما مع النية فيحمل الكلام عليها بلا اشكال

باب تعليق الطلاق بالشروط

يصح ذلك من الزوج ولا يصح من الأجنبي فلو قال ان تزوجت فلانة وان تزوجت امرأة فهي طالق لم تطلق اذا تزوجها (١) وعنه تطلق وان قال لاجنبية ان قمت فأنت طالق فتزوجها ثم قامت لم تطلق رواية واحدة. وان علق الزوج الطلاق بشرط لم تطلق قبل وجوده (٢) وان قال عجلت ما أجلته لم

(١) قوله «ولا يصح من الأجنبي فلو قال الخ» اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله تعالى في هذه المسئلة فالمشهور عنه انه لايقع وهو المذهب وهو قول اكثر أهل العلم روى ذلك عن سعيد بن المسيب وبه قال عطاء والحسن وعروة وجابر بن زيد وسوار القاضي والشافعي وابو ثور وابن المنذر ورواه الترمذي عن علي رضي الله عنه وجابر بن عبد الله وسعيد بن جبير وعلي بن الحسين وشريح وروى عن احمد مايدل على وقوع الطلاق قال في الفروع وعنه صحة قوله لزوجته من تزوجت عليك فهي طالق او قوله لعتيقته ان تزوجتك فانت طالق او قوله لرجعيته ان راجعتك فانت طالق ثلاثا اراد التغليظ عليها وهذا قول الثوري واصحاب الرأي لانه يصح تعليقه على الاخطار فصح تعليقه على حدوث الملك كالوصية والأول اصح لقوله عليه الصلاة والسلام لاطلاق ولا عتاق لابن آدم فيما لا يملك رواه احمد وابوداود والترمذي باسناد جيد من حديث عمرو بن شعيب قال الترمذي حديث حسن وهو احسن شيء في الباب ورواه الدارقطني وغيره من حديث عائشة رضي الله عنها وزاد وان عينها. وعن المسور مرفوعا قال لاطلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك رواه ابن ماجه باسناد حسن قال احمد رحمه الله تعالى هذا عن النبي ﷺ وعدة من اصحابه

[فائدة] يصح تعليق الطلاق مع تقدم الشرط وكذا ان تاخر على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وعنه يتنجز ان تأخر الشرط ونقله ابن هانيء في العتق قال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى وتأخر القسم كأنت طالق لافعلن كالشرط واولى بان لا يلحق

على قوله «رواية واحدة» * لا نعلم فيه خلافا لانه لم يضفه الى زمن يقع فيه الطلاق اشبه مالو قال لأجنبية انت طالق ثم تزوجها

(٢) قوله «وان علق الزوج الخ» هذا المذهب وعليه الاصحاب لأنه زوال

= بنى على التغليب والسراية أشبه العتق وعنه تطلق فى الحال مع تيقن وجود الشرط وخص الشيخ تقى الدين هذه الرواية بالثلاث لأنه الذى نضره كمتعة

على قوله ، وان علق الطلاق بشرط لم تطلق قبل وجوده وهذا المذهب وعليه الأصحاب

[تنبيه] فى قوله قبل وجوده اشعار بأن الشرط ممكن وهو كذلك فاما ما يستحيل وجوده فيذكر فى اماكنه وقد تقدم فى أثناء الباب الذى قبله ومفهوم كلامه ان الطلاق يقع بوجود شرطه وهو صحيح نص عليه وليس فيه بحمد الله خلاف قاله فى الانصاف . قلت وقد فصل الشيخ تقى الدين فى هذه المسئلة تفصيلا حسناً فاختار ان من علق الطلاق على شرط او التزمه لا يقصد بذلك الا الحض أو المنع فانه يجزئه فى ذلك كفارة يمين ان حنث وان اراد الجزاء بتعليقه طلقت كره الشرط اولا وكذلك الحلف بعتق وظهار وتحريم فانه قال وقد سئل عن رجل حلف فقال الطلاق يلزمنى ان عدت اكلت من خبزك مادمت فى ذا البلد بعد ان بسط القول فيها وحكى الاختلاف . قال والقول الثالث وهو أصح الاقوال وهو الذى يدل عليه الكتاب والسنة والاعتبار ان هذه يمين من ايمان المسلمين فيجرى فيها مايجرى فى ايمانهم وهو كفارة يمين عند الحنث الا ان يختار الحالف ايقاع الطلاق فله ان يوقعه ولا كفارة عليه وهذا قول طائفة من السلف والخلف كطاوس وغيره وهو مقتضى المنقول عن اصحاب رسول الله ﷺ فى هذا الباب وبه يفتى كثير من المالكية وغيرهم حتى يقال ان فى غير بلد من بلاد المغرب من يفتى بذلك من ائمة المالكية وهو مقتضى نصوص احمد بن حنبل واصوله فى غير موضع وعلى هذا القول فاذا كرر اليمين المكفرة مرتين او ثلاثا على فعل واحد وحنث فهل عليه كفارة واحدة او كفارات فيه قولان للعلماء وهما روايتان عن احمد اشهرهما عنه تجزئه كفارة فاذا قال إن فعلت كذا فعبيدى احرار ففيه الاقوال لكن هنا لم يقل احد من اصحاب ابى حنيفة والشافعى انه لا يلزمه العتق كما قالوا فى ذلك فى الطلاق لان العتق قربة فيصح نذره بخلاف الطلاق والمنقول عن اصحاب رسول الله ﷺ انه يجزئه كفارة يمين كما ثبت ذلك عن ابن عمر وحفصة وزينب ورووه ايضا عن عائشة وام سلمة وابن عباس وابى هريرة رضى الله عنهم وهو قول اكابر التابعين كطاوس وعطاء وغيرهما ولم يثبت =

= عن صاحب ما يخالف ذلك لا فى الحلف بالطلاق ولا فى الحلف بالعتاق بل اذا قال الصحابة ان الحالف بالعتق لا يلزمه العتق فالحالف بالطلاق اولى عندهم وهذا كالحالف بالنذر مثل ان يقول ان فعلت كذا فعلى الحج او صوم سنة او ثلث مالى صدقة فان هذا يمين تجزى فيه الكفارة عند اصحاب رسول الله ﷺ مثل عمر وابن عباس وعائشة وابن عمر وحفصة رضى الله عنهم وهو قول جماهير التابعين كعطاء وطاوس وابى الشعثاء وعكرمة والحسن وغيرهم وهو مذهب الشافعى المنصوص عنه ومذهب احمد بلا نزاع عنه وهو آخر الروايتين عن ابى حنيفة اختارها محمد بن حسن وهو قول طائفة من أصحاب مالك كابن وهب وابن ابى الغمر وافتى ابن القاسم ابنه بذلك مرتين والمعروف عن جمهور السلف من الصحابة والتابعين ومن بعدهم انه لافرق بين ان يحلف بالطلاق او بالعتاق او النذر بل اما ان تجزئه كفارة فى كل يمين واما انه لاشيء عليه واما انه يلزمه كل ماحلف به بل اذا كان قوله ان فعلت كذا فعلى ان اعتق رقبة اذا قصد به اليمين لا يلزمه العتق بل تجزئه كفارة يمين ولو قاله على وجه النذر لزمه بالاتفاق فقوله فعبدى حر او لى ان لا يلزمه لان قصد اليمين اذا منع ان يلزمه الوجوب والاعتاق والعتق فلأن يمنع لزوم العتق وحده اولى وايضا فان ثبوت الحقوق فى الذمم اوسع من نفوذ التصرف فان الصبي والمجنون والعبد قد تثبت الحقوق فى ذممهم مع انه لا يصح تصرفهم فاذا كان قصد اليمين منع ثبوت العتق المعلق فى الذمة فلأن يمنع وقوعه اولى واحرى واذا كان العتق الذى يلزمه بالنذر لا يلزم اذا قصد به اليمين فالطلاق الذى لا يلزم بالنذر اولى ان لا يلزم اذا قصد به اليمين فان التعليق انما يلزم فيه الجزاء اذا قصد وجود الجزاء عند وجود الشرط كقوله ان ابرأتينى من صداقك فانت طالق او ان شفى الله مريضى فثلث مالى صدقة واما اذا كان يكره وقوع الجزاء وان وجد الشرط وانما التزمه ليحض نفسه او يمنعها او يحض غيره او يمنعه ومع هذا فلو وجد الشرط لم يرد وجود الجزاء بل يكره الشرط ويكره الجزاء وان وجد الشرط فهذا حالف كقوله ان فعلت كذا فانا يهودى او نصرانى ومالى صدقة وعبيدى احرار ونسائى طوالق وعلى عشر حجج وصوم سنة فهذا حالف باتفاق الصحابة والفقهاء وسائر الطوائف وقد قال تعالى ﴿قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم﴾ وقال ﴿ذلك كفارة أيمانكم اذا حلفتم﴾ وثبت عن النبى ﷺ من غير وجه فى الصحيح انه قال من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه وهذا يتناول =

= جميع ايمان المسلمين لفظا ومعنى ولم يخصه نص ولا اجماع ولاقياس بل الأدلة الشرعية تحقق عمومه. واليمين فى كتاب الله وسنة رسوله نوعان نوع محترم منعقد مكفر كالحلف باسم الله ونوع غير محترم ولا منعقد ولا مكفر وهو الحلف بالمخلوقات فان كانت هذه اليمين من ايمان المسلمين ففيها الكفارة وهى من النوع الأول وان لم تكن من ايمان المسلمين فهى من الثانى واما اثبات يمين منعقدة غير مكفرة فهذا لا اصل له فى الكتاب والسنة وتقسيم ايمان المسلمين الى يمين مكفرة وغير مكفرة كتقسيم الشراب المسكر الى خمر وغير خمر وتقسيم السفر الى طويل وقصير وتقسيم الميسر الى محرم وغير محرم بل الأصول تقتضى خلاف ذلك كما بسطناه فى موضعه وبسط الكلام على هذه المسئلة له موضع آخر لكن هذا القول الثالث وهو القول بثبوت الكفارة فى جميع ايمان المسلمين هو القول الذى تقوم عليه الأدلة الشرعية التى لا تتناقض وهو المأثور عن الصحابة واكابر التابعين اما فى جميع الأيمان واما فى بعضها وتعليلهم ذلك بانه يمين والتعليل بذلك يقتضى ثبوت الحكم فى جميع ايمان المسلمين وهم اتوا بذلك فى صيغ التعليق كقوله ان فعلت كذا فعلى الحج ومالى صدقة او فى رتاج الكعبة وعبيدى احرار وجعلوا هذه ايمانا داخلة فى قوله تعالى ﴿ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم﴾ وقوله ﴿قدفرض الله لكم تحلة ايمانكم﴾ وهم الذين خوطبوا بالقرآن وهم اعلم باللغة التى نزل القرآن بها وبمعانيه فعلم ان صيغ التعليق التى يقصد بها اليمين من الأيمان المذكورة فى القرآن فى الصيغ ثلاث: صيغة تنجيز كقوله انت طالق فهذه ليست يمينا ولا كفارة فى هذا باتفاق العلماء. والثانى صيغة قسم كقوله الطلاق يلزمنى لأفعلن كذا او لا افعله فهذه ان قصد بها اليمين فحكمها حكم الأول باتفاق العلماء. واما ان قصد وقوع الطلاق عند الشرط مثل ان يختار طلاقها اذا أبرأته او اعطته العوض كقوله ان ابرأتينى او اعطيتينى كذا فانت طالق او يختار طلاقها اذا اتت كبيرة فيقول ان زنيت ان سرقت فانت طالق وقصده ايقاع الطلاق عند الصفة لا الحلف فهذا يقع به الطلاق باتفاق السلف، فان الطلاق المعلق بالصفة روى الوقوع فيه عن غير واحد من الصحابة كعلى وابن مسعود وابن عمر وابى ذر ومعاوية وعن كثير من التابعين ومن بعدهم وحكى الاجماع على ذلك غير واحد وما علمت احدا ينقل عن أحد من الصحابة والسلف ان الطلاق المعلق بالصفة لا يقع وانما النزاع فيه عن ابى عبد الرحمن الشافعى وعن بعض متأخرى الظاهرية والشيعة كابن حزم وخالف فى =

ـــذلك داود وأصحابه مع انه حكى فى كتاب اجماع العلماء على ان الطلاق المعلق بشرط اذا لم يخرجه مخرج اليمين فذكر فيه ثلاثة اقوال كالاقوال الثلاثة فى الحلف بالنذر الذى يسمى نذر اللجاج والغضب وهؤلاء الشيعة بلغتهم فتاوى عن بعض فقهاء اهل البيت فيمن قصده الحلف فظنوا ان كل التعليق كذلك كما ان طائفة من الجمهور بلغتهم فتاوى عن بعض الصحابة والتابعين فيمن علق الطلاق بصفة انه يقع عندها فظنوا ان ذلك يمين وجعلوا كل تعليق يمينا كمن قصده اليمين ولم يفرقوا بين تعليق يقصد به اليمين وتعليق يقصد به الايقاع كما لم يفرق اولئك بينهما فى نفس الطلاق وما علمت احدا من الصحابة افتى فى اليمين بلزوم الطلاق كما لم أعلم احدا منهم افتى فى التعليق الذى يقصد به الايقاع بعدم لزومه والفرق بين التعليق الذى يقصد به الايقاع والذى يقصد به اليمين فى الجملة هو المعروف عند جمهور السلف حتى قال به داود واصحابه ففرقوا بين تعليق الطلاق الذى يقصد به اليمين والذى يقصد به الايقاع كما فرقوا بينهما فى تعليق النذر وغيره والفرق بينهما ظاهر فان الحالف يكره وقوع الجزاء فان وجدت الصفة كقول المسلم ان فعلت كذا فانا يهودى او نصرانى فهو يكره الكفر وان وجدت الصفة انما التزمه لئلا يلزم ليمتنع به من الشرط لا لقصد وجوده عند الصفة وهكذا الحالف بالاسلام لو قال الذمى ان فعلت كذا فانا مسلم والحالف بالنذر والحرام والظهار والطلاق والعتاق اذا قال ان فعلت كذا فعلى الحج وعبيدى احرار ونسائى طوالق ومالى صدقة فهو يكره هذه اللوازم وان وجد الشرط وانما علقها لمنع نفسه من الشرط لا يقصد وقوعها اذا وجد الشرط فالتعليق الذى يقصد به الايقاع من باب الايقاع والذى يقصد به اليمين من باب اليمين وقد بين الله فى كتابه احكام الطلاق وأحكام الأيمان ، فاذا قال ان سرقت ان زنيت ان شربت الخمر فانت طالق فهذا يقصد به اليمين وهو ان يكون مقامها مع هذا الفعل احب اليه من طلاقها وانما قصده زجرها وتخويفها لئلا تفعل فهذا حالف لا يقع به الطلاق وقد يكون قصده ايقاع الطلاق وهو ان يكون فراقها احب اليه من المقام معها مع ذلك الفعل فيختار اذا فعلته ان تطلق منه فهذا يقع به الطلاق والله اعلم . والقول الثانى فى المسئلة انه يقع به الطلاق اذا حنث فى يمينه وهذا هو المشهور عند اكثر الفقهاء المتأخرين حتى اعتقد طائفة منهم ان ذلك اجماع ولهذا لم يذكر عامتهم فيه حجة وحجتهم عليه ضعيفة جدا كقولهم التزم امرا عند وجود شرطه فلزمه ما التزمه وهذا منقوض عليهم بصور كثيرةـــ

= بعضها مجمع عليه كنذر الطلاق والمعصية والمباح كالتزام الكفر على وجه اليمين مع انه ليس له أصل يقاس عليه الا وبينهما فرق مؤثر فى الشرع ولا دل على عمومه نص ولا اجماع لكن لما كان موجب العقد لزوم ما التزمه صار يظن فى بادىء الرأى ان هذا عقد لازم فى الشرع وهذا يوافق ما كانوا عليه فى اول الاسلام قبل ان ينزل الله كفارة اليمين وكانت اليمين موجبة ومحرمة كما يقال انه شرع من قبلنا لكن نسخ الله هذا بشرع محمد ﷺ ففرض للمسلمين تحلة ايمانهم وجعل لهم ان يحلوا عقد اليمين بما فرضه من الكفارة واما اذا لم يحنث فى يمينه فلا يقع به الطلاق بلا ريب الا على قول ضعيف يروى عن شريح ويذكر رواية عن احمد فيما اذا قدم الطلاق واذا قيل يقع به الطلاق فان نوى باليمين الثانية توكيد الأولى لا انشاء يمين اخرى لم يقع به الا طلقة واحدة وان اطلق وقع به ثلاث وقيل لا يقع به الا واحدة . والقول الثالث انه لا يقع به طلاق ولا يلزمه كفارة وهذا مذهب داود واصحابه وطوائف من الشيعة ويذكر ما يدل عليه عن طائفة من السلف بل هو مأثور عن طائفة من السلف صريحا كابى جعفر الباقر وابنه جعفر بن محمد الصادق وهو قول ابى عبدالرحمن الشافعى احمد ابن يحيى فى ان كل طلاق معلق بشرط انه لا يقع وبذلك افتى عكرمة فيمن قال ان لم اضرب غلامى مائة سوط فامرأته طالق قال لا يضرب غلامه ولا تطلق امرأته هذا من خطوات الشيطان واصل هؤلاء ان الحلف بالطلاق والعتاق والظهار والحرام والنذر لغو كالحلف بالمخلوقات ويفتى به فى اليمين التى يحلف بها التزام الطلاق طائفة من اصحاب أبى حنيفة والشافعى كالقفال وصاحب التتمة وأبى سعيد المتولى وينقل عن ابى حنيفة نصا بناء على ان قول القائل الطلاق يلزمنى او لازم لى ونحو ذلك صيغة نذر لا صيغة ايقاع كقوله لله على ان اطلق ومن نذر ان يطلق لم يلزمه طلاق بلا نزاع ولكن فى لزوم الكفارة له قولان احدهما يلزمه وهو المنصوص عن أحمد ابن حنبل وهو المحكى عن ابى حنيفة اما مطلقا واما اذا قصد به اليمين وهو قول طائفة من الخراسانيين من أصحاب الشافعى كالقفال والبغوى وغيرهما فمن جعل هذا نذراو لم يوجب الكفارة فى نذر الطلاق يفتى بانه لا شىء عليه كما افتى بذلك طائفة من اصحاب الشافعى وغيرهم ومن قال عليه كفارة لزمه على قوله كفارة يمين كما يفتى بذلك طائفة من الحنفية والشافعية اما الحنفية فبنوه على اصله فى ان من حلف بنذر المعاصى والمحرمات والمباحات فعليه كفارة يمين وكذلك يقول ذلك من يقوله من =

يتعجل[١] وان قال سبق لسانى بالشرط ولم اردە طلقت فى الحال . وان قال انت طالق ثم قال أردت ان قمت دُين ولم يقبل فى الحكم[٢] نص عليه

= أصحاب الشافعى لتفريقه بين ان يقول على نذر ولا يلزمه شيء وبين ان يقول ان فعلته فعلى نذر فعليه كفارة يمين ففرق هؤلاء بين نذر الطلاق وبين الحلف بنذر الطلاق واحمد يقول على ظاهر مذهبه المنصوص عنه ان نذر الطلاق فيه كفارة يمين والحلف بنذره وعليه فيه كفارة يمين وقد وافقه على ذلك من وافقه من الخراسانيين من اصحاب الشافعى وجعله الرافعى والنووى وغيرهما هو المرجح فى مذهب الشافعى وذكروا ذلك فى نذر جميع المباحات لكن قوله الطلاق لى لازم صيغة ايقاع فى مذهب احمد لا صيغة نذر فان نوى بذلك النذر ففيه كفارة يمين عنده . انتهى كلامه رحمه الله تعالى لكنه قد قدم القولين الاخيرين واخر القول الثالث

(١) قوله « فان قال عجلت الخ » هذا المذهب لأنه علقه فلم يملك تغييره وقيل يتعجل اذا عجله وهو ظاهر بحث الشيخ تقى الدين فانه قال فيما قاله جمهور الأصحاب نظر

[فائدة] اذا علق الطلاق على شرط لزم وليس له إبطاله هـذا المذهب وعليه الأصحاب قاطبة وقطعوا به وذكر فى الانتصار والواضح رواية بجواز فسخ العتق المعلق على شرط قال فى الفروع ويتوجه ذلك فى طلاق وقال الشيخ تقى الدين لو قال ان اعطيتنى او اذا اعطيتنى او متى أعطيتنى الفا فانت طالق ان الشرط ليس بلازم من جهته كالكتابة عنده قال فى الفروع ووافق الشيخ تقى الدين على شرط محض كإن قدم زيد فانت طالق قال الشيخ تقى الدين التعليق الذى يقصد به ايقاع الجزاء ان كان معاوضة فهو معاوضة ثم ان كانت لازمة فلازم والا فلا يلزم الخلع قبل القبول ولا الكتابة وقول من قال التعليق لازم دعوى مجردة انتهى وتقدم ذلك ايضا فى اثناء باب الخلع

[فائدة] لو فصل بين الشرط وحكمه بكلام منتظم نحو انت طالق يازانية ان قمت لم يضر ذلك على الصحيح من المذهب وقيل يقطعه كسكتة وتسبيحة

(٢) قوله « ولم يقبل فى الحكم » هذا المذهب لانه خلاف الظاهر وارادة التعليق من التنجيز بعيدة جدا قال المصنف فى الكافى يخرج على روايتين احداهما لا يقبل لما ذكرنا والثانية يقبل لانه محتمل أشبه مالو قال انت طالق ثم قال اردت من وثاق قال فى الانصاف وصرح فى المستوعب أن فيها روايتين

فصل

وأدوات الشرط ست ان واذا ومتى ومن وأي وكلما[١] وليس فيها ما يقتضي التكرار الا كلما[٢] وفي متى وجهان[٣] وكلها على التراخي اذا تجردت عن لم[٤] فان اتصلت بها صارت على الفور[٥] الا ان[٦] وفي اذا وجهان[٧] فاذا قال

---

(١) قوله « وادوات الشرط ست الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب وتقدم في باب الخلع ان قوله انت طالق وعليك الف او على الف او بالف ان ذلك كإن اعطيتني الفا عند المصنف وتقدم حكمه هناك

(٢) قوله « وليس فيها مايقتضى التكرار الا كلما » هذا بلا نزاع واما كلما فانها تقتضيه بلا خلاف نعلمه كقوله تعالى ﴿ كلما اوقدوا نارا للحرب اطفأها الله ﴾ و﴿ كلمادخلت امة لعنت اختها ﴾

(٣) قوله « وفي متى وجهان » أحدهما لاتقتضى التكرار وهو المذهب اختاره المصنف وغيره ولأنها اسم زمن بمعنى اى وقت وبمعنى اذا فلا تقتضى مالا يقتضيانه وكونها تستعمل للتكرار لايمنع استعمالها في غيره كاذا واى وقت وأي زمان فانهما يستعملان في الأمرين كقوله تعالى ﴿ واذا رأيت الذين يخوضون في آياتنا ﴾ و ﴿ اذا لم تأتهم بآية ﴾ . والثاني تستعمل للتكرار قال الشاعر :

متى تأته تعشو الى ضوء ناره　　تجد خير نار عندها خير موقد

ولانها تستعمل للشرط والجزاء ومتى وجد الشرط ترتب عليه جزاؤه

(٤) قوله « وكلها على التراخي الخ » وكذا اذا تجردت عن نية الفورية ايضا او عن قرينته فاما اذا نوى الفورية او كان هناك قرينة تدل على الفورية فانه يقع في الحال ولو تجردت عن لم

(٥) قوله « فان اتصلت بها صارت على الفور » لان متى واى معناهما اى زمان وذلك شائع في الزمان كله فاي زمن وجدت الصفة فيه وجب الحكم بوقوع الطلاق ولا بد ان يلحظ في ان كونها مضافة الى زمن كان حكمها حكم من

(٦) قوله « الا ان » هذا المذهب اى مع عدم نية وقرينة فاذا قال ان لم تدخلي الدار فانت طالق لم يقع الا عند تعذر ايقاعه بموت او مايقوم مقامه

(٧) قوله « وفي اذا الخ » أحدهما هي على الفور وهو الصحيح لأنها اسم لزمن =

ان قمت أو اذا قمت أو من قام منك أو أى وقت قمت أو متى قمت او كلما قمت فانت طالق فمتى قامت طلقت[١] وان تكرر القيام لم يتكرر الطلاق الا فى كلما وفى متى فى أحد الوجهين . ولو قال كلما أكلت رمانة فانت طالق وكلما أكلت نصف رمانة فانت طالق فأكلت رمانة طلقت ثلاثا[٢] ولو جعل مكان كلما ان اكلت لم تطلق الا اثنتين[٣] ولو علق طلاقها على صفات فاجتمعن فى عين واحدة مثل ان يقول ان رأيت رجلا فانت طالق وان رأيت أسود فانت طالق وان رأيت فقيها فانت طالق فرأت رجلا أسود فقيها طلقت ثلاثا[٤] وان قال ان لم اطلقك فأنت طالق ولم يطلقها لم تطلق الا فى آخر جزء من حياة أحدهما الا ان يكون له نية[٥] . وان قال من لم أطلقها أو أى وقت لم

= مستقبل فتكون كمتى واما المجازاة بها فلا تخرجها عن موضعها والثانى انها على التراخى نصره القاضى لانها تستعمل شرطا بمعنى ان كقول الشاعر : (واذا تصبك خصاصة فتحمل) لجزم بها كان

(١) قوله « واذا قال ان قمت الى قوله طلقت » هذا بلا نزاع لان وجود الشرط يستلزم وجود الجزاء وعدمه عدمه الا ان يعارض معارض

(٢) قوله « ولو قال كلما الخ » هـذا بلا نزاع لوجود وصف النصف مرتين والجميع مرة لأن كلما تقتضى التكرار

(٣) قوله « ولو جعل الخ » وهو المذهب وعليه الأصحاب بصفة النصف مرة وبالكمال مرة وقال الشيخ تقى الدين لا تطلق الا واحدة

(٤) قوله « ولو علق طلاقها الخ » وهذا المذهب وعليه الأصحاب وقال الشيخ تقى الدين لا تطلق الا واحدة مع الاطلاق

(٥) قوله « وان قال ان لم اطلقك الخ » هذا المذهب نص عليه وعليه الأصحاب لان حرف ان موضوع للشرط لا يقتضى زمناً ولا يدل عليه الا من حيث ان الفعل المعلق به من ضرورية الزمان فلا يتقيد بزمن معين فما علق عليه كان على التراخى سواء فى ذلك الاثبات والنفى ، هـذا ان لم ينو وقتا فان نوى وقتا او قامت قرينة بالفورية تعلقت اليمين به

أطلقك فانت طالق فمضى زمن يمكن طلاقها فيه طلقت وان قال اذا لم أطلقك فانت طالق فهل تطلق فى الحال يحتمل وجهين وان قال كلما لم أطلقك فأنت طالق فمضى زمن يمكن طلاقها فيه طلقت ثلاثا الا التى لم يدخل بها فانها تبين بالاولى وان قال العامى ان دخلت الدار فانت طالق بفتح الهمزة فهو شرط[1] وان قاله عارف بمقتضاه[2] طلقت فى الحال[3] وحكى عن الخلال رحمه الله تعالى

[فائدة] اذا كان المعلق طلاقا بائنا لم يرثها اذا ماتت وترثه هى نص عليه لأن طلاقها ابانها منه فلم يرثها كما لو طلقها ناجزا عند موتها وان مات ورثته نص عليه اذا قال الرجل لزوجته انت طالق ثلاثا ان لم أتزوج عليك ومات ولم يتزوج عليها ورثته وان ماتت لم يرثها وذلك لأنها تطلق فى آخر حياته فاشبه طلاقه لها فى تلك الحال ونحو هذا قال عطاء ويحي الأنصارى ويخرج لنا انها لاترثه ايضا وهذا قول سعيد بن المسيب والحسن والشعبى وابى عبيد لانه انما طلقها فى صحته وانما يتحقق شرط وقوعه فى المرض فلم ترثه كما لو علقه على فعلها ففعلته فى مرضه قال فى الفروع ويتخرج لاترثه من تعليقه فى صحته على فعلها فيوجد فى مرضه قال والفرق ظاهر وقال فى الروضة فى ارثها روايتان لأن الصفة فى الصحة والطلاق فى المرض وفيه روايتان

[فائدة] لا يمنع من وطئها قبل فعل ماحلف عليه على الصحيح من المذهب وبه قال أبو حنيفة والشافعى وقال سعيد بن المسيب والحسن والشعبى ومالك وابو عبيد لايطأ حتى يفعل لأن الأصل عدم الفعل ووقوع الطلاق وروى الأثرم عن احمد مثل ذلك ولنا انه نكاح صحيح لم يقع فيه طلاق ولا غيره من اسباب التحريم

(١) قوله « وان قال العامى الخ » هذا المذهب لأن العامى لايريد بذلك الا الشرط ولا يعرف ان مقتضاها التعليل فلا يريده فلا يثبت له حكم مالا يعرفه ولا يريده

(٢) قوله « وان قاله عارف الخ » يعنى ان كان وجد وهذا المذهب لأن ان المفتوحة ليست للشرط انما هى للتعليل فمعناه انت طالق لانك دخلت الدار اولدخولك الدار كقوله تعالى ﴿ يمنون عليك أن أسلموا ﴾ و ﴿ تخر الجبال هدا أن دعوا للرحمن ولدا ﴾ وحكى عن الخلال انه اذا لم ينو مقتضاه فهو شرط ايضا

(٣) قوله « وان قاله عارف بمقتضاه طلقت فى الحال » يعنى إن كان الدخول =

انه لم ينو مقتضاه فهو شرط أيضا . وان قال ان قمت وانت طالق طلقت فى الحال(١) فان قال أردت الجزاء أو أردت أن أجعل قيامها وطلاقها شرطين

= وجد لأن أن المفتوحة فى اللغة انما هى للتعليل فمعناه انت طالق لانك دخلت الدار فعلى هذا لاتطلق اذا لم تكن دخلت الدار قبل ذلك لأنه انما طلقها لعلة فلا يثبت الطلاق بدونها هذا قول ابن أبى موسى ومن تابعه ولا فرق عند الشيخ تقى الدين بين ان يطلقها لعلة مذكورة فاذا تبين انتفاؤها لم يقع الطلاق . قال فى اعلام الموقعين وهذا الذى لايليق بالمذهب غيره ولا تقتضى قواعد الائمة غيره فاذا قيل له امراتك قد شربت مع فلان وباتت عنده فقال اشهدوا على أنها طالق ثم علم أنها كانت تلك الليلة فى بيتها قائمة تصلى فإن هـذا الطلاق لايقع قطعا وأطال فيه ولذلك افتى ابن عقيل فى فنونه فيمن قيل له زنت زوجتك فقال هى طالق ثم تبين انهـا لم تزن انها لم تطلق وجعل السبب الذى لأجـله اوقع الطلاق كالشرط اللفظى واولى قال فى الاختيارات وهو قول عطاء بن أبى رباح وقال القاضى تطلق سواء دخلت او لم تدخل وهو ظاهر المنتهى ويؤيده نص فى رواية المروذى فى رجل قال لامرأته ان خرجت فانت طالق فاستعارت امرأة ثيابها فلبستها فرآها زوجها حين خرجت من الباب فقال قد فعلت انت طالق قال يقع طلاقه على امرأته فنص على وقوع طلاقه على امرأته مع انه وان قصد انشاء الطلاق فانما اوقعه لخروجها الذى منعها منه ولم يوجد اشار اليه ابن نصر الله فى حواشى الفروع قال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى ومن هذا الباب مايسئل عنه كثيرا مثل ان يعتقد ان غيره اخذ ماله فيحلف ليردنه او يقول ان لم ترده فامرأتى طالق ثم تبين انه لم يأخذه او يقول ليحضرن زيد ثم تبين موته او لتعطينى من الدراهم التى معك ولا دراهم معه ثم هذا قسمان الاول منه لما يتبين حصول غرضه بدون الفعل المحلوف عليه مثل اذا ظن انهـا سرقت له مالا فيحلف لتردنه فوجدها لم تسرقه والثانى مالم يحصل معه غرضه مثل ليحلف لتعطينى الف درهم من هذا الـكيس فيتبين انه ليس فيه دراهم فالقسم الأول يظهر فيه جدا انه لايحنث لان مقصوده لتردنه ان كنت اخذته وهـذا الشرط وان لم يذكر فى اللفظ فهو مشروط قطعا والثانى فانه لم يحصل فيه غرضه لـكن لا غرض له الامع وجود المحلوف عليه فيصير كانه لم يحلف عليه وفى الأول يحصل غرضه منه فيصير كانه برّ بالفعل انتهى

(١) قوله «وان قال ان قمت وانت الخ» هذا المذهب لان الواو ليست جوابا للشرط

لشىء ثم أمسكت دُين وهل يقبل فى الحكم يخرج على روايتين[١] وان قال ان قمت فقعدت فانت طالق أو ان قعدت اذ قمت أو ان قعدت ان قمت لم تطلق حتى تقوم ثم تقعد[٢] وان قال ان قمت وقعدت فانت طالق طلقت بوجودهما كيفما كان[٣] وعنه تطلق بوجود أحدهما الا ان ينوى والأول أصح . وان قال ان قمت أو قعدت فانت طالق طلقت بوجود احدهما[٤]

فصل فى تعليقه بالحيض

اذا قال اذا حضت فانت طالق طلقت بأول الحيض[٥] فان بان ان الدم ليس بحيض لم تطلق به[٦] وان قال لطاهر اذا حضت حيضة فانت طالق لم

---

(١) قوله « فان قال أردت الخ » احداهما لا يقبل لأنه خلاف الظاهر والثانية يقبل لأن قوله محتمل وهو اعلم بمراده

(٢) قوله « ولو قال ان قمت فقعدت الخ » وكذا قوله ان قعدت متى قمت وهذا المذهب وتسميه النحاة اعتراض الشرط على الشرط فيقتضى تقديم المتأخر وتأخير المتقدم لأنه جعل الثانى فى اللفظ شرطا للذى قبله والشرط يتقدم المشروط . اذا علمت ذلك فالصحيح من المذهب فى ذلك انها لا تطلق حتى تقوم ثم تقعد لأن اللفظ اقتضى تعلق الطلاق بالقعود بعد القيام

(٣) قوله « ولو قال ان قمت وقعدت الخ » هذا المذهب لأن الواو لا تقتضى ترتيبا ولا تطلق بوجود احدهما لانها للجمع فلم يقع قبل وجودهما جميعا

(٤) قوله « وان قال ان قمت او قعدت الخ » هذا بلا خلاف نعلمه لان او لأحد الشيئين . ولو قال انت طالق لا قمت ولا قعدت فالمذهب انها تطلق بوجود احدهما وذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى اتفاقا

(٥) قوله « أذا قال اذا حضت الخ » يعنى تطلق من حين ترى دم الحيض وهذا المذهب نص عليه لأن الصفة وجدت ولذلك حكمنا انه حيض فى المنع من الصلاة والصيام

(٦) قوله « فان بان الخ » وذلك بان ينقص عن أقل الحيض او لكونها بنت دون تسع سنين لم تطلق وبه قال الثورى واصحاب الرأى لانا تبينا ان الصفة لم توجد

تطلق حتى تحيض ثم تطهر [١] ولا يعتد بالحيضة التى هى فيها . وان قال اذا حضت نصف حيضة فانت طالق احتمل ان يعتبر نصف عادتها، واحتمل انها متى طهرت تبينا وقوع الطلاق فى نصفها [٢] واحتمل ان يلغو قوله نصف حيضة وقيل اذا حاضت سبعة أيام ونصفها طلقت . وان قال اذا طهرت فأنت طالق طلقت اذا انقطع الدم[٣] وان كانت طاهراً فاذا طهرت من حيضة مستقبلة . واذا قالت حضت وكذبها قبل قولها فى نفسها[٤] وان قال قد حضت فانكرته طلقت باقراره[٥] وان قال ان حضت فانت وضرتك طالقتان فقالت

---

(١) قوله « واذا قال لطاهر الخ » نص عليه لانها لاتحيض حيضة الا بذلك ولا يعتد بالحيضة التى هى فيها لانها ليست حيضة كاملة ولا يشترط فى وقوع الطلاق غسلها بل بمجرد ما تطهر تطلق وهو المذهب وعليه اكثر الاصحاب . وان قال اذا حضت حيضة فانت طالق واذا حضت حيضتين فانت طالق فحاضت حيضة طلقت واحدة فاذا حاضت الثانية طلقت الثانية عند طهرها وان قال اذا حضت حيضة فانت طالق ثم اذا حضت حيضتين فانت طالق لم تطلق الثانية حتى تطهر من الحيضة الثالثة لان ثم للترتيب

(٢) قوله « واحتمل انها متى طهرت تبينا وقوع الطلاق فى نصفها » وهذا المذهب

(٣) قوله « وان قال اذا طهرت الخ » هذا المذهب نص عليه وذكر ابو بكر فى التنبيه قولا انها لاتطلق حتى تغتسل بناء على العدة فى انها لا تنقضى حتى تغتسل ولنا ان الله تعالى قال ﴿ ولاتقربوهن حتى يطهرن ﴾ اى ينقطع دمهن فاذا تطهرن اغتسلن ولانه قد ثبت لها احكام الطاهرات فى وجوب الصلاة وصحة الطهارة والصيام وانما بقى بعض الاحكام موقوفا على وجود الغسل

(٤) قوله « وان قالت حضت الخ » وهو المذهب لانها امينة على نفسها وهذا قول ابى حنيفة والشافعى لان الله تعالى قال ﴿ ولا يحل لهن ان يكتمن ماخلق الله فى ارحامهن ﴾ قيل هو الحيض والحمل ولولا ان قولها فيه مقبول ماحرم عليها كتمانه وعنه لا يقبل قبولها فيختبرها النساء بادخال قطنة فى الفرج فى الزمان الذى ادعت الحيض فيه فان ظهر الدم فهى حائض والا فلا

(٥) قوله « وان قال قد حضت الخ » اى لأنه اقر بما يوجب طلاقها فاشبه ما لو قال قد طلقتها

قد حضت وكذبها طلقت دون ضرتها (١) وان قال ان حضتما فأنتما طالقتان فقالتا قد حضنا فصدقهما طلقتا (٢) وان كذبهما لم تطلقا (٣) وان أكذب إحداهما طلقت وحدها (٤) وان قال ذلك لاربع فقلن قد حضنا فصدقهن طلقن (٥) [وإن كذبهن لم يطلقن (٦)] وان صدق واحدة أو اثنتين لم يطلق منهن شيء (٧) وان صدق ثلاثا طلقت المكذبة وحدها (٨) وان قال كلما حاضت احداكن فضرائرها طوالق فقلن قد حضنا فصدقهن طلقن ثلاثا ثلاثا (٩) وان

---

(١) قوله « ولو قال ان حضت فانت وضرتك الخ » هذا المذهب اى لان قولها مقبول على نفسها ولا تطلق الضرة الا ان تقيم بينة على حيضها . وان ادعت الضرة انها قد حاضت لم تقبل لان معرفتها بحيض غيرها كمعرفة الزوج به وانما ائتمنت على نفسها فى حيضها ، وان قال قد حضت فانكرت طلقتا باقراره

(٢) قوله « فصدقهما طلقتا » أى لانهما اقرتا وصدقهما

(٣) قوله « وان كذبهما لم تطلقا » اى لان طلاق كل واحدة منهما معلق على شرطين حيضها وحيض ضرتها ولا يقبل قول ضرتها عليها فلم يوجد الشرطان

(٤) قوله « وان كذب احداهما الخ » اى لان قولها مقبول فى حقها وقد صدق الزوج ضرتها فوجد الشرطان فى حقها ولم تطلق المصدقة لان قول ضرتها غير مقبول فى حقها ولم يصدقها الزوج فلم يوجد شرطا طلاقها

(٥) قوله « وان قال ذلك لأربع » أى لانه قد علق طلاق كل واحدة منهن على حيض الأربع وقد وجد حيضهن فطلقن بتصديقه

(٦) قوله « وان كذبهن الخ » أى لان شرط طلاقهن حيض الأربع ولم يوجد

(٧) قوله « وان صدق واحدة الخ » أى لأنه لم يوجد الشرط لكون قول كل واحدة منهن لا يقبل الا فى نفسها

(٨) قوله « وان صدق ثلاثا الخ » أى لان قولها مقبول فى حيضها وقد صدق الزوج صواحبها فوجد حيض الأربع فى حقها فطلقت ولا تطلق المصدقات لأن قول المكذبة غير مقبول فى حقهن

(٩) قوله « وان قال كلما حاضت الخ » لانه قد جعل حيض كل واحدة منهن =

صدق واحدة لم تطلق[١] وطلق ضرائرها طلقة طلقة[٢] وان صدق اثنتين طلقت كل واحدة منهما طلقة[٣] وطلقت المكذبتان طلقتين طلقتين[٤] وان صدق ثلاثا طلقت المكذبة ثلاثا[٥]

فصل فى تعليقه بالحمل

اذا قال ان كنت حاملا فانت طالق فتبين انها كانت حاملا تبينا وقوع الطلاق حين اليمين والا فلا[٦] وان قال ان لم تكونى حاملا فأنت طالق فهى

= شرطا لطلاق ضرائرها وقد وجد بتصديقه فطلقن ثلاثا ثلاثا لان لكل واحدة ثلاث ضرائر وان كذبهن لم تطلق واحدة منهن لأن قولهن غير مقبول عليه فى طلاق غيرهن

(١) قوله « وان صدق واحدة الخ » اى لانه ليس لها صاحبة ثبت حيضها

(٢) قوله « وطلق ضرائرها الخ » اى لأن لهن صاحبة قد ثبت حيضها

(٣) قوله « وان صدق اثنتين الخ » اى لان لكل واحدة منهما ضرة مصدقة

(٤) قوله « وطلقت المكذبتان الخ » اى لان لكل واحدة منهما ضرتين مصدقتين

(٥) قوله « وان صدق ثلاثا الخ » أى لان لها ثلاث ضرائر مصدقات وطلقت كل واحدة من المصدقات طلقتين لأن لكل واحدة ضرتين مصدقتين

(٦) قوله « اذا قال ان كنت حاملا فانت طالق فتبين أنها كانت حاملا » بان تأتى به لأقل من ستة اشهر ان كانت توطأ او لاكثر من ستة اشهر واقل من اكثر مدة الحمل اى اقل من اربع سنين ان لم تكن توطأ بعد حلفه « تبينا وقوع الطلاق من حين اليمين » لتبين وجود الصفة فلو وطئها الزوج بعد اليمين واتت به لستة اشهر فاكثر من وطئه الذى بعد اليمين لم تطلق وهذا المذهب لانه يمكن ان يكون الولد من هذا الوطء وان يكون من غيره فيكون الطلاق مشكوكا فيه والأصل عدمه

على قوله « تبينا وقوع الطلاق حين اليمين والا فلا » * قال فى المنهاج للشافعية اذا قال ان كنت حاملا فانت طالق وكان الحمل ظاهرا وقع الطلاق وان لم يكن ظاهرا فذكر ما قاله الأصحاب هنا قلت والأصحاب لم يفرقوا سواء كان ظاهرا أو مشكوكا فيه ولم يحكموا بالطلاق الا بعد الوضع بشرطه وكلام صاحب المنهاج اصح

بالعكس (١) ويحرم وطئها قبل استبرائها فى احدى الروايتين ان كان الطلاق بائنا (٢) . وان قال ان كنت حاملا بذكر فأنت طالق واحدة وان كنت حاملا بأنثى فأنت طالق اثنتين فولدت ذكرا وانثى طلقت ثلاثا (٣) ولو كان مكان قوله ان كنت حاملا ان كان حملك لم تطلق اذا كانت حاملا بهما (٤)

---

(١) قوله « وان قال ان لم تكونى حاملا الخ » اى فتطلق بان ولدته لا كثر من اربع سنين من اليمين او لا كثر من ستة اشهر من وطئه بعد اليمين وهذا المذهب وقيل بعدم العكس فى الصورة المستثناة فانها لا تطلق لئلا يزول يقين النكاح بشك الطلاق

(٢) قوله « ويحرم وطؤها الخ » يعنى يحرم الوطء فى المسئلتين اى فى صورة الاثبات وصورة النفى اما الأولى فالصحيح من المذهب انه يحرم وطؤها منذ حلف قدمه فى المغنى والشرح وعنه لا يحرم وطؤها عقب اليمين لأن الأصل بقاء النكاح وبراءة الرحم من الحمل الا ان يظهر بها حمل قدمه فى المحرر والنظم وهو ظاهر كلامه فى الوجيز ، واما المسئلة الثانية فالصحيح من المذهب انه يحرم وطؤها قبل زوال الريبة او ظهور حمل لجواز ان تحمل من الوطء الصادر بعد الحلف فيظهر ان الطلاق لم يقع وقد كان وقع فيكون ذلك ذريعة الى استباحة المحرم

[فوائد] احداها مفهوم قوله ان كان بائنا انه لو كان رجعيا لم يحرم الوطء وهو صحيح وهو المذهب نص عليه خلافا للقاضى

(الثانية) قوله ويحرم وطؤها قبل استبرائها الصحيح من المذهب ان الاستبراء يحصل بحيضة موجودة او مستقبلة او ماضية لم يطأ بعدها صححه المصنف وغيره ، وعنه تستبرأ بثلاثة اقراء

(الثالثة) لو قال اذا حملت فانت طالق لم يقع الا بحمل متجدد ، هذا المذهب وعليه الأصحاب

(٣) قوله « وان قال ان كنت حاملا الخ » هذا بلا نزاع لوجود الصفة بالذكر واحدة وبالأنثى اثنتين وان ولدت ذكرا او ذكورا فطلقة

(٤) قوله « ولو كان مكان الخ » هذا الصحيح من المذهب وعليه الجمهور وبه قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى لأن حملها كله ليس بذكر ولا انثى وكذا الحكم لو قال ان كان مافى بطنك

فصل فى تعليقه بالولادة(١)

اذا قال ان ولدت ذكرا فأنت طالق واحدة وان ولدت انثى فانت طالق اثنتين فولدت ذكرا ثم انثى طلقت بالاول وبانت بالثانى ولم تطلق به ذكره أبو بكر(٢) وقال ابن حامد تطلق به وان اشكل كيفية وضعهما وقعت واحدة بيقين ولغا ما زاد(٣) وقال القاضى قياس المذهب ان يقرع بينهما ولا فرق بين

[فائدة] يستحق الذكر والأنثى الوصية فى المسئلة الاولى ولا يستحقان فى المسئلة الثانية بان يقول فى الأولى ان كنت حاملا بذكر فله مائة وان كنت حاملا بانثى فله مائتان فولدت ذكرا وانثى استحق كل واحد وصيته ولو قال فى الثانية ان كان حملك او مافى بطنك ذكرا فله مائة وان كان انثى فله مائتان فولدت ذكرا وانثى لم يستحقا شيئا من الوصية لأن حملها وما فى بطنها لم يتمحض ذكرا ولا انثى

(١) قوله « فى تعليقه بالولادة » اذا علقه على الولادة بان قال ان ولدت فانت طالق فالقت ما تصير به الأمة ام ولد وهو ما يتبين فيه بعض خلق الانسان وقع الطلاق لأنها قد ولدت ما يسمى ولدا ولا تطلق بالقاء علقة ونحوها لأنها لا تسمى ولدا ويقبل قوله فى عدم الولادة لان الأصل عدمها وبقاء النكاح ولا تخفى غالبا . وقال القاضى وأصحابه ان لم يقر بالحمل قالوا فان شهد النساء بما قالت طلقت لأنه لا يطلع عليه الرجال غالبا

(٢) قوله « وان قال ان ولدت ذكرا الخ » ما قاله أبو بكر هو المذهب وبه قال الشافعى واصحاب الرأى لأن العدة انقضت بوضعه اى الثانى فصادفها الطلاق بائنا فلم يقع كما لو قال اذا مت فانت طالق وقال ابن حامد تطلق به لأن زمن الوقوع زمن البينونة فلا تنافى بينهما قال الشارح والصحيح الأول لما ذكرنا وقد نص أحمد فيمن قال انت طالق مع موتى انها لا تطلق فهذا اولى فان ولدتهما دفعة واحدة طلقت ثلاثا لوجود الشرطين قال فى الانصاف بلا نزاع اعلمه غير الشيخ تقى الدين ومن تبعه

(٣) قوله « وان اشكل كيفية وضعهما الخ » هذا المذهب فيقع واحدة لاحتمال ان يكون السابق الذكر ولغا ما زاد على الواحد لأن الأصل عدم وقوعه لكن الورع ان يلزمهما اى الطلقتين لاحتمال ان يكون السابق انثى

أن تلده حيا او ميتا(١)

فصل فى تعليقه بالطلاق

اذا قال اذا طلقتك فانت طالق ثم قال ان قمت فانت طالق فقامت طلقت طلقتين(٢) وان قال ان قمت فانت طالق ثم قال اذا طلقتك فانت طالق فقامت

---

(١) قوله « ولا فرق الخ » لأن الشرط ولادة ذكر او انثى وقد وجدت ولان العدة تنقضى به وتصير به الأمة ام ولد

[فائدة] اذا قال كلما ولدت فانت طالق أو كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ثلاثة معا طلقت ثلاثا لأن الولادة تتعدد بتعدد الأولاد وان ولدت الثلاثة واحدا بعد واحد وكانوا من حمل واحد طلقت بالاول طلقة وبالثانى اخرى لأن كلما للتكرار ولم تنقض عدتها بالثانى لان العدة لا تنقضى الا بوضع الحمل كله لقوله تعالى ﴿ واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ﴾ وانقضت العدة بالثالث ولم تطلق به لأن العدة انقضت بوضعه والبائن لا يلحقها طلاق . ذكر ذلك فى المغنى والكافى وغيرهما والمنتهى وشرحه . وذكر فى الانصاف ان عدتها تنقضى بالثانى من الأولاد وهو سهو

(٢) قوله « اذا قال اذا طلقتك الخ » وهذا المذهب فتطلق واحدة بالمنجز وواحدة بوجود الصفة وهذا فى المدخول بها فاما غيرها فلا تطلق الا واحدة بالمنجز وتبين بها ولا يلحقها المعلق فان قال عنيت بقولى هذا انك تكونين طالقا بما اوقعته عليك ولم ارد ايقاع طـــلاق فيما باشرتك به دين وهل يقبل فى الحكم يخرج على روايتين احداهما لا يقبل وهى المذهب وبه قال الشافعى لأنه خلاف الظاهر اذ الظاهر ان هذا تعليق للطلاق بشرط الطلاق والوجه الثانى يقبل قوله لأنه يحتمل ما قاله فقيل كما لو قال انت طالق انت طالق وقال اردت التوكيد او افهامها

[فائدة] لو قال اذا طلقتك فانت طالق ثم قال ان قمت فانت طالق فقامت طلقت بقيامها ثم طلقت بالصفة اخرى لانه قد طلقها بعد عقد الصفة وكذا لو نجز الطلاق بعد التعليق

طلقت واحدة[١] وان قال ان قمت فانت طالق ثم قال ان وقع عليك طلاقى فانت طالق فقامت طلقت طلقتين[٢] وان قال كلما طلقتك فانت طالق ثم قال انت طالق طلقت طلقتين[٣] وان قال كلما وقع عليك طلاقى فانت طالق ثم وقع عليها طلاقه بمباشرة أو سبب طلقت ثلاثا[٤] وان قال كلما وقع عليك طلاقى أو ان وقع عليك طلاقى فانت طالق قبله ثلاثا ثم قال انت طالق فلا نص فيها عن أحمد رحمه الله تعالى وقال أبو بكر والقاضى تطلق ثلاثا[٥]، وقال ابن عقيل تطلق

---

(١) قوله « وان قال ان قمت الخ » وهذا المذهب فتطلق بالقيام واحدة لوجود شرطها وهو القيام ولم تطلق بالتعليق لانه لم يطلقها بعد ذلك

(٢) قوله « ولو قال ان قمت الخ » أى فتطلق واحدة بالقيام والثانية بوقوع الطلاق عليها وهذا ان كان مدخولا بها لأن الطلاق الواقع عليها طلاقه فقد وجدت الصفة وان كانت غير مدخول بها طلقت واحدة

(٣) قوله « وان قال كلما طلقتك الخ » أى فتطلق اثنتين ان كانت مدخولا بها واحدة بالمباشرة والأخرى بالصفة ولا يقع ثالثة لان قوله كلما طلقتك يقتضى كلما اوقعت عليك الطلاق وهذا يقتضى تجديد ايقاع طلاق بعد هذا القول فلو قال لها بعد عقد الصفة ان خرجت فانت طالق فخرجت طلقت بالخروج طلقة وبالصفة اخرى لأنه قد طلقها فلو قال كلما اوقعت عليك طلاقى فانت طالق فهو كقوله كلما طلقتك فانت طالق على الصحيح من المذهب

(٤) قوله « وان قال كلما وقع عليك الخ » أى لانه اذا طلقها بمباشرة أو سبب طلقت واحدة فيصدق انه وقع عليها طلاقه فتطلق اخرى بالصفة وتقع الثالثة والمراد بالمباشرة ان ينجز الطلاق بنفسه او وكيله والمراد بالسبب والصفة واحد وهو وقوعه بوجود ما علق الطلاق عليه ومحل وقوع الثلاث ان وقعت الطلقة الأولى والثانية رجعيتين اذ البائن لا يلحقها طلاق وهذا المذهب فى ذلك

(٥) قوله « وان قال كلما وقع عليك الخ » قول أبى بكر والقاضى هو المذهب فتطلق واحدة بالمباشرة واثنتان من المعلق ويلغو قوله قبله وهذا قياس قول الشافعى وبعض أصحابه لأنه وصف المعلق بصفة يستحيل وصفه بها فانه يستحيل وقوعها بالشرط قبله فتلغو صفتها بالقبلية وصار كانه قال اذا وقع عليك طلاقى فانت طالق ثلاثا .

بالطلاق المنجز ويلغو ماقبله(١) وان قال لاربع نسوة ايكن وقع عليها طلاقى فصواحبها طوالق ثم وقع على احداهن طلاقه طلقن ثلاثا(٢) وان قال كلما طلقت

---

(١) قوله « وقال ابن عقيل الخ » فتطلق واحدة لأن المحل صالح له ويكون التعليق باطلا لأنه طلاق فى زمن ماض أشبه قوله انت طالق امس ولأنه لو وقع المعلق لمنع وقوع المنجز فاذا لم يقع المنجز بطل شرط المعلق فاستحال وقوع المعلق ولا استحالة فى وقوع المنجز فيقع ، قال فى الانصاف وهو قياس نص أحمد وأبى بكر فى ان الطلاق لا يقع فى زمن ماض وقيل لا تطلق مطلقا قاله بعض الأصحاب واختاره ابن سريج وغيره من الشافعية لان وقوع الواحدة يقتضى وقوع ثلاث قبلها وذلك يمنع وقوعها فاثباتها يؤدى الى نفيها فلا تثبت ولأن ايقاعها يفضى الى الدور لانها اذا وقعت وقع قبلها ثلاث فيمتنع وقوعها وما افضى الى الدور وجب قطعه من أصله وهذا ما صححه الاكثرون من الشافعية وحكاه بعضهم عن النص وقاله الشيخ أبو حامد شيخ العراقيين والقفال شيخ المراوزة قال فى المهمات فكيف تسوغ الفتوى بما يخالف نص الشافعى وكلام الاكثرين ونصر فى الشرح الأول واكده بقوله اذا انفسخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثا ثم وجد ما يفسخ النكاح من رضاع او ردة فانه يرد على ابن سريج ولا خلاف فى انفساخ النكاح قال القاضى وما ذكروه ذريعة الى انه لا يقع عليها الطلاق جملة

[فائدة] اذا قال لزوجته الامة اذا ملكتك فانت طالق ثلاثا ثم ملكها طلقت فى الأقيس وفى المحرر لا تطلق وجها واحدا

(٢) قوله « وان قال لاربع الخ » أى لانه اذا وقع طلاقه على واحدة وقع على صواحبها ووقوعه على واحدة منهن يقتضى وقوعه على صواحبها فيتسلسل الوقوع عليهن الى ان يكمل الثلاث بكل واحدة

[فائدة] لو كان له ثلاث نسوة فقال ان طلقت زينب فعمرة طالق وان طلقت عمرة فحفصة طالق وان طلقت حفصة فزينب طالق ثم طلق زينب طلقت عمرة ولم تطلق حفصة وان طلق عمرة طلقت حفصة ولم تطلق زينب وان طلق حفصة طلقت زينب ثم طلقت عمرة فيقع الطلاق بالثلاث لأنه احدث فى زينب طلاقا بعد تعليقه طلاق عمرة بطلاقها

واحدة منكن فعبد من عبيدى حر وكلما طلقت اثنتين فعبدان حران وكلما طلقت ثلاثا فثلاثة أحرار وكلما طلقت اربعا فاربعة احرار ثم طلقن جميعا عتق خمسة عشر عبدا (١) وقيل عشرة(٢) ويحتمل ان لا يعتق الا اربعة (٣) الا أن يكون له نية . وإذا قال لامرأته اذا أتاك طلاقى فانت طالق ثم كتب اليها اذا أتاك كتابى هذا فانت طالق فأتاها الكتاب طلقت طلقتين(٤) فان قال أردت انك طالق بذاك الطلاق الاول دُين ، وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على روايتين (٥) .

---

(١) قوله « عتق خمسة عشر عبدا » هذا المذهب لان فيهن اربع صفات هن اربع فيعتق اربعة وهن اربعة آحاد فيعتق اربعة ايضا وهن اثنتان واثنتان فيعتق كذلك وفيهن ثلاث فيعتق بذلك ثلاث قال فى الاقناع الا ان تكون له نية فيؤخذ بما نوى لأن النية مقدمة

(٢) قوله « وقيل عشرة » أى بالواحدة واحد وبالثانية اثنان وبالثالثة ثلاثة وبالرابعة اربعة

(٣) قوله « ويحتمل الخ » واختاره فى الرعاية ان طلق معا كقوله كلما اعتقت اربعة فاربعة احرار لان هذا الذى سبق الى اذهان العامة وهذا مع الاطلاق ، فاما ان كان له نية فانه يعمل بها على المذهب

(٤) قوله « وان قال لامرأته الخ » أى اذا اتاها الكتاب كاملا ولم ينمح منه ذكر الطلاق لانه علق طلاقها بصفتين مجيء الطلاق ومجيء كتابه وقد اجتمعا فى مجيء الكتاب فلو اتاها بعض الكتاب وفيه الطلاق ولم ينمح لم تطلق وهو المذهب وقيل تطلق قال فى الكافى والرعاية فان اتاها وقد ذهبت حواشيه او محى ما فيه سوى الطلاق طلقت وان ذهب الكتاب الا موضع الطلاق فوجهان

(٥) قوله « فان قال أردت الخ » احداهما يقبل فى الحكم وهو الصحيح من المذهب لانه محتمل وهو اعلم بارادته والثانية لا يقبل لانه خلاف الظاهر ولو كتب اليها اذا قرأت كتابى هذا فانت طالق فقرىء عليها وقع ان كانت لا تحسن القراءة وان كانت تحسن القراءة فوجهان فى الترغيب

فصل فى تعليقه بالحلف

اذا قال ان حلفت بطلاقك فانت طالق ثم قال انت طالق ان قمت او دخلت الدار طلقت فى الحال[1] . وان قال انت طالق ان طلعت الشمس او قدم الحاج فهل هو حلف ؟ فيه وجهان[2] . وان قال ان حلفت بطلاقك فانت طالق أو قال ان كلمتك فأنت طالق واعاده مرة أخرى طلقت واحدة[3] وان اعاده ثلاثا طلقت ثلاثا[4] وان قال لامرأتيه ان حلفت بطلاقكما فأنتما طالقتان واعاده طلقت كل واحدة طلقة[5] وان كانت احداهما غير مدخول

---

(١) قوله « اذا قال ان حلفت الخ » وكذا لو قال ان لم تدخلى الدار او ان لم يكن هذا القول حقا فتطلق فى الحال لأنه حلف بطلاقها وكذا كل شرط فيه حث أو منع والأصح او تصديق خبر أو تكذيبه واختار الشيخ تقى الدين العمل بعرف المتكلم وقصده فى مسمى اليمين وانه موجب اصول أحمد ونصوصه

(٢) قوله « وان قال انت طالق ان طلعت الخ » يعــنى اذا قال ان حلفت بطلاقك فانت طالق ثم قال ذلك أحدهما ليس بحلف فيكون شرطا محضا وهو الصحيح من المذهب لأن الحلف ما قصد به المنع من شىء او الحث عليه وليس فيهما شىء من ذلك

(٣) قوله « وان قال إن حلفت بطلاقك الخ » لانه اذا حلف بطلاقها اذا اعاده فتطلق واحدة ومراد المصنف اذا لم يقصد باعادته افهامها فاما ان قصد افهامها لم تطلق الا واحدة سواء اعاد ذلك مرة او ثلاثا قاله الأصحاب

(٤) قوله « وان أعاده ثلاثا الخ » أى اذا لم يقصد افهامها لأن كل مرة يوجد بها شرط الطلاق وينعقد شرط طلقة اخرى وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى وقال أبو ثور ليس ذلك بحلف ولا يقع التكرار بطلاقه لأنه تكرار للكلام ويكون تاكيدا ، وهذا اذا كانت مدخولا بها فاما ان كانت غير مدخول بها بانت بالأولى .

(٥) قوله « وان قال لامرأتيه ان حلفت الخ » هــذا المذهب لأن شرط طلاقهما الحلف بطلاقهما وقد وجد وان اعاده ثلاثا طلقتا طلقتين وان اعاده اربعا فثلاث لوجود الشرط وهو الحلف

بها فاعاده بعد ذلك لم تطلق واحدة منهما [١] ، وان قال لمدخول بهما كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فأنتما طالقتان واعاده ثانية طلقت كل واحدة طلقتين [٢] وان قال كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فهى طالق او فضرتها طالق واعاده طلقت كل واحدة طلقة [٣] وان قال لاحداهما اذا حلفت بطلاق ضرتك فانت طالق ثم قال ذلك للاخرى طلقت الاولى [٤] فان اعاده للاولى طلقت الاخرى [٥]

فصل فى تعليقه بالكلام

اذا قال ان كلمتك فانت طالق فتحقق ذلك أوزجرها فقال تنحى اواسكتى

---

(١) قوله « فان كانت احداهما غير مدخول بها الخ » أى لان شرط طلاقهما الحلف بطلاقهما ولم يوجد لأن غير المدخول بها لا يصح الحلف بطلاقها لأنها بائن

على قوله « فاعاده بعد ذلك » * يعنى بعد الطلقة الأولى

(٢) قوله « وان قال لمدخول بهما الخ » أى لانه باعادته حالف بطلاق كل واحدة منهما وهو شرط طلاقهما وكلمة كلما للتكرار فيتكرر طلاقهما لتكرر عددهما

(٣) قوله « وان قال كلما حلفت الخ » أى لان حلفه بطلاق واحدة انما اقتضى طلاقها وحدها وما حلف بطلاقها الا مرة فتطلق مرة واحدة

(٤) قوله « طلقت الأولى » لان التعليق حلف وقد علق طلاق ضرتها فتطلق الاولى لوجود شرط طلاقها وهو تعليق طلاق ضرتها

(٥) قوله « وان اعاده الخ » أى لان ذلك تعليق لطلاقها وكلما اعاده لامرأة طلقت الاخرى الى ان يبلغ ثلاثا وان كانت احداهماغير مدخول بها فطلقت مرة لم تطلق الاخرى لانه ليس حلف بطلاقها لكونها بائنا . فلو قال كلما حلفت بطلاقكما فاحداكما طالق وكرره ثلاثا او اكثر لم يقع شىء ذكره فى المحرر والرعاية والفروع لان هذا حلف بطلاق واحدة ولم يوجد الحلف بطلاقهما وان قال لمدخول بهما كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فاحداكما طالق ثم قاله ثانيا وقعت باحداهما طلقة وتعين بقرعة ذكره الأصحاب

او قال ان قمت فانت طالق طلقت[1] ويحتمل أن لا يحنث بالكلام المتصل بيمينه لأن اتيانه به يدل على ارادته الكلام المنفصل عنها[2] . وان قال ان بدأتك بالكلام فانت طالق فقال ان بدأتك به فعبدى حر انحلت يمينه الا ان ينوى[3] ويحتمل أن يحنث ببدائته اياها بالكلام فى وقت آخر لأن الظاهر انه أراد ذلك بيمينه[4] فان قال ان كلمت فلانا فانت طالق فكلمته فلم يسمع لتشاغله أو غفلته أو كاتبته أو راسلته حنث[5] وان اشارت اليه احتمل

---

(١) قوله « اذا قال ان كلمتك الخ » وهذا المذهب فى ذلك لانه كلمها بعد عقد اليمين الا ان يريد بعد انقضاء كلامى هذه ونحوه

(٢) قوله « ويحتمل الخ » قال فى الانصاف وهذا هو الصواب

[فائدة] اذا قال ان كلمتك فانت طالق ثم قال ان قمت فانت طالق طلقت فى الحال طلقة واخرى بالقيام ان كانت مدخولا بها فلو قال ان كلمتك فانت طالق فاعاده ثانية فواحدة وان ثالثا فثانية وان اربعا فثالثة وتبين غير المدخول بها بطلقة ولا ينعقد ما بعدها ذكره القاضى وجزم به فى المغنى وقدمه فى المحرر ثم قال وعندى تنعقد الثانية بحيث اذا تزوجها وكلمها طلقت الا على قول التيمى بحل الصفة مع البينونة فانها قد انحلت بالثالثة لأنه قد كلمها

(٣) قوله « وان قال إن بدأتك الخ » وهذا المذهب لأنها كلمته فلم يكن كلامه لها بعد ذلك ابتداء الا ان ينوى انه لا يبدأها فى مرة اخرى وتبقى يمينها معلقة فان بدأها بالكلام انحلت يمينها وان بدأته هى عتق عبدها ذكره الاصحاب

(٤) قوله « ويحتمل الخ » هذا الاحتمال للمصنف قال فى الانصاف وهو قوى جدا .

(٥) قوله « وان قال ان كلمت فلانا الخ » وهذا المذهب وعليه الأصحاب ونص عليه فى التشاغل والغفلة والذهول لأن الكلام يطلق ويراد به ذلك بدليل صحة استثنائه منه فى قوله تعالى ﴿ وماكان لبشر ان يكلمه الله الا وحيا أو من وراء حجاب أو يرسل رسولا ﴾ ولأن القصد بيمينه هجرانه ولا يحصل ذلك مع مواصلته بالكتاب والرسول الا ان يكون قصد ان تشافهه نص عليه ، وعنه لايحنث اذا كاتبته أو راسلته الا ان ينوى ذلك لان هذا ليس بكلام حقيقة بدليل=

وجهين[1] وان كلمته سكران أو اصم بحيث يعلم انها تـكلمه أو مجنونا يسمع كلامها حنث وقيل لا يحنث[2] وان كلمته ميتا او غائبا او مغمى عليه أو نائما لم يحنث وقال ابو بكر يحنث[3] وان قال لامرأتيه ان كلمتما هـــذين فاتما

= الحلف بالله .

[فائدة] لو أرسلت رسولا يسأل أهل العـلم عن مسألة حدثت فجاء الرسول فسال المحلوف عليه لم يحنث قولا واحدا قاله المصنف والشارح

(١) قوله « وان اشارت اليه الخ » احدهما لا يحنث وهو الصحيح من المذهب لأنه لم يوجد الـكلام والثانى يحنث لأنه يحصل به مقصود الـكلام

(٢) قوله « وان كلمته سكران الخ » وهذا المذهب لأن الطـلاق معلق على الـكلام وقد وجد فان كان السكران أو المجنون مصروعا لم يحنث وكذا ان كان لا يعلم واحد منهما انها تـكلمه والمجنون اذا لم يسمع كلامها وقيل لا يحنث اختاره القاضى وغيره لأن السكران والمجنون لا عقل لها والأصم لا سمع له وكذا الحـكم لو كلمت صبيا يسمع ويعلم انه مكلم

[فائدة] اذا جُنَّـت هى وكلمته لم يحنث لأن القلم مرفوع عنها فلم يبق لـكلامها حكم ولو كلمته وهى سكرى حنث لان حكمها حكم الصاحى وهو ظاهر كلام المصنف هنا وقدمه فى المغنى والشرح وقيل لا يحنث لانه لا عقل لها

(٣) قوله « وان كلمته ميتا الخ » هذا المذهب وعليه اكثر الاصحاب لان التكلم فعل يتعدى المتـكلم وقيل هو ماخوذ من الـكلم وهو الجرح لانه يؤثر فيه كتأثير الجرح ولا يكون ذلك الا باستماعه . وقال أبو بكر يحنث وذكره رواية عن أحمد لان اشعاره بالـكلام غير معتبر

[فائدة] اذا حلف لا يكلم انسانا فـكلم غيره وهو يسمع يقصد بذلك اسماعه كما يقال اياك اعنى واسمعى يا جارة حنث نص عليه وعنه لا كنية غيره والاول اصح لانه اسمعه كلاما يريده به اشبه ما لو خاطبه به

[فائدة] اذا حلف لا يقرأ كتاب زيد فقرأه فى نفسه ولم يحرك شفتيه به حنث لان هذه قراءة الـكتب فى عرف الناس الا ان ينوى حقيقة القراءة

طالقتان فكلمت كل واحدة واحدا منهما طلقتا (١) ويحتمل ان لا يحنث حتى يكلما جميعا كل واحد منهما (٢) وان قال ان امرتك فخالفتينى فنهاها فخالفته لم يحنث الا ان ينوى مطلق المخالفة ويحتمل أن تطلق (٣) وقال ابو الخطاب ان لم يعرف حقيقة الأمر والنهى حنث (٤)

فصل فى تعليقه بالاذن

اذا قال ان خرجت بغير إذنى أو الا باذنى أو حتى آذن لك فانت طالق ثم أذن لها فخرجت ثم خرجت بغير اذنه طلقت (٥) وعنه لا تطلق الا ان ينوى الاذن فى كل مرة مرة (٦) وان اذن لها من حيث لا تعلم فخرجت

---

(١) قوله « وان قال لامرأتيه الخ » هذا المذهب لان تكليمهما وجد منهما وكما لو قال ان ركبتما هاتين الدابتين فانتما طالقتان فركبت كل واحدة دابة

(٢) قوله « ويحتمل الخ » أى لانه علق طلاقهما بكلامه لهما فلا تطلق واحدة بكلام الاخرى وحدها كقوله ان كلمتما زيدا وكلمتما عمرا وهذا اظهر الوجهين وهو اولى ان شاء الله قاله الشارح اذا لم يكن له نية

(٣) قوله « وان قال ان أمرتك الخ » هـذا المذهب وهو مذهب الشافعى لانها خالفت نهيه لا امره ولانه يحنث اذا نوى مطلق المخالفة بغير خـلاف لأن مخالفة النهى مخالفة ويحتمل ان تطلق قدمه فى الرعاية والمحرر وغيرهما لان الامر بالشىء نهى عن ضده والنهى عنه امر بضده فاذا تكون خالفت امره

(٤) قوله « وقال أبو الخطاب الخ » قال فى الانصاف وهو قوى جدا لانه اذا كان كذلك فانما يريد نفى المخالفة فلو قال ان نهيتنى عن نفع أمى فانت طالق فقالت لا تعطها شيئا من مالى لم يحنث لأنه نفع محرم فلا تتناوله يمينه ولو قال انت طالق ان كلمت زيدا ومحمد مع خالد لم تطلق حتى تكلم زيدا فى حال كون محمد مع خالد لأنها حال من الجملة الأولى وقال القاضى تطلق بكلام زيد لان الجملة الثانية استئناف والأول اصح

(٥) قوله « اذا قال ان خرجت الخ » وهذا المذهب لانها خرجت بغير اذنه

(٦) قوله « وعنه الخ » قال فى الإنصاف وهو قوى كاذنه فى الخروج كلما =

طلقت[١] ويحتمل ان لا تطلق[٢] وان قال ان خرجت الى غير الحمام بغير اذنى فانت طالق فخرجت تريد الحمام وغيره طلقت[٣] وان خرجت الى الحمام ثم عدلت الى غيره طلقت[٤] ويحتمل ان لا تطلق[٥]

فصل فى تعليقه بالمشيئة

اذا قال انت طالق ان شئت أو كيف شئت او حيث شئت أو متى شئت لم تطلق حتى تقول قد شئت سواء شاءت على الفور أو التراخى ويحتمل ان

= شاءت نص عليه لان ان لا تقتضى التكرار فتناول الخروج فى المرة الأولى فعلى المذهب لو اذن لها فى الخروج كلما شاءت لم تطلق لانه اذن عام نص عليه

(١) قوله « وان اذن لها الخ » هذا المذهب نص عليه لانها اذا لم تعلم فليس بإذن لان الاذن هو الإعلام ولم يعلمها

(٢) قوله « ويحتمل الخ » أى لانه يقال أذن لها ولم تعلم

[فائدتان] لو قال الا باذن زيد فمات لم يحنث اذا خرجت على الصحيح من المذهب .

(الثانية) لو اذن لها فلم تخرج حتى نهاها ثم خرجت فعلى وجهين احدهما تطلق صححه فى النظم وجزم به فى المنور والثانى لا تطلق قال ابن عبدوس فى تذكرته لا يقع اذا اذن لها ثم نهى وجهلته

(٣) قوله « وان قال ان خرجت الى غير الحمام الخ » هذا المذهب سواء عدلت الى الحمام او لم تعدل لانها خرجت الى غير الحمام وانضم اليه غيره فحنث كما لو حلف لا يكلم زيدا فكلم زيدا وعمرا

(٤) قوله « وان خرجت الى الحمام ثم الخ » هذا المذهب وهو ظاهر ما روى عن أحمد لان ظاهر هذه المنع من غير الحمام فكيفما صارت اليه حنث كما لو خالف فى لفظه .

(٥) قوله « ويحتمل الخ » وهذا قول الشافعى لانها لم تفعل ما حلف عليه اذ هو عبارة عن الخروج الى غير الحمام ولم يوجد

يقف على المجلس كالاختيار[1] فان قال انت طالق ان شئت فقالت قد شئت ان شئت فقال قد شئت لم تطلق[2] وان قال انت طالق ان شئت وشاء ابوك لم تطلق حتى يشاءا[3] وان قال انت طالق ان شاء زيد فمات او جن او خرس

---

(١) قوله « اذا قال أنت طالق ان شئت الخ » وهذا المذهب ولو شاءت كارهة لان ما فى القلب لا يعلم حتى يعبر عنه باللسان فيتعلق الحكم بما ينطق به دون ما فى القلب فلو شاءت بقلبها دون نطقها لم تطلق

[فائدة] لو رجع قبل مشيئتها لم يصح رجوعه على الصحيح من المذهب كبقية التعاليق ، وعنه يصح كاختارى وامرك بيدك فعلى المذهب متى وجــدت المشيئة باللسان وقع الطلاق سواء كان على الفور او التراخى نص عليه فى تعليق الطلاق بمشيئة فلان وفيما اذا قال انت طالق حيث شئت او ان شئت ونحو هذا قال الزهرى وقتادة وقال أبو حنيفة دون صاحبيه اذا قال انت طالق كيف شئت تطلق فى الحال طلقة رجعية لان هذا ليس بشرط ، ولنا انه اضاف الطلاق الى مشيئتها وقال الشافعى فى جميع الحروف ان شاءت فى الحال والا فلا تطلق لأن هذا تمليك للطلاق فكان على الفور كقوله اختارى وقال اصحاب الرأى فى ان كقوله وفى سائر الحروف كقولنا لان هذه صريحة فى التراخى فحملت على مقتضاها بخلاف ان فانها لا تقتضى زمانا وانما هى لمجرد الشرط وقال الحسن وعطاء فى قوله انت طالق ان شئت انما ذلك ما داما فى المجلس لانه تمليك للطلاق فكان على الفور

(٢) قوله « وان قال انت طالق ان شئت الخ » نص عليه لأنها لم تشأ لان المشيئة امر حقيقى لا يصح تعليقها على شرط وكذلك ان قالت قد شئت ان طلعت الشمس نص عليه وهــذا قول سائر اهل العلم منهم الشافعى واسحاق وأبو ثور واصحاب الرأى وحكاه ابن المنذر اجماع من يحفظ عنه

(٣) قوله « وان قال أنت طالق ان شئت وشاء أبوك الخ » هــذا المذهب لان الصفة مشيئتهما فلا تطلق بمشيئة احدهما لعدم وجود الشرط وقيل تطلق بمشيئة احدهما قال فى الانصاف وهذا بعيد جدا فعلى المذهب تكون المشيئة منهما او من احدهما على التراخى وقيل تختص بالمجلس

قبل المشيئة لم تطلق [١] وان شاء وهو سكران خرج على الروايتين فى طلاقه [٢] فان كان صبيا يعقل المشيئة فشاء طلقت والا فلا [٣] وان قال انت طالق الا أن يشاء

[فائدة] اذا قال اذا ضاجعتك على فراش فانت طالق فاضطجعت هى معه فقام لوقته لم يحنث والا حنث . ولو اختصم رجلان فقال احدهما للآخر زوجة السفلة بكسر السين مع اسكان الفاء منا طالق فقال الآخر نعم قال أحمد السفلة الذى لا يبالى بما قال ولا ما قيل فيه وقال فى رواية عبد الله هو الذى يدخل الحمام بلا مئزر ولا يبالى على اى معصية . روى اذا حلف بالطلاق ليفعلن محرما فى وقت معين لم يحل له فعله وتطلق نص عليه فيمن حلف بالطلاق ليطأن زوجته فى وقت بعينه فاذا هى حائض قال لا يطأها وتطلق فان فعله فقد عصى الله ولم تطلق وان لم يعين وقتا لفعله لم يحنث الا فى آخر وقت الامكان

(١) قوله « وان قال أنت طالق إن شاء زيد الخ » الصحيح من المذهب انه اذا مات او جن انها لا تطلق لان شرط الطلاق لم يوجد . وقال أبو بكر يقع لانه علقه على شرط تعذر الوقوف عليه فوقع كقوله انت طالق ان شاء الله تعالى وليس بصحيح لان الطلاق المعلق على شرط لا يقع اذا تعذر شرطه كالمعلق على دخول الدار وعلم انه اذا شاء وهو مجنون لا يقع طلاقه لانه لا حكم لكلامه ، واما الاخرس فالصحيح من المذهب انه ان فهمت اشارته فهو كنطقه

[فائدة] لو غاب لم تطلق على الصحيح من المذهب

(٢) قوله « وان شاء وهو سكران الخ » ذكر ذلك الاصحاب لان قوله قد شئت يترتب عليه وقوع الطلاق فوجب كونه بمنزلة نفس الطلاق واختار المصنف هنا والشارح عدم الوقوع وان وقع هناك . والفرق بينهما ان ايقاع طلاقه تغليظ عليه كيلا تكون المعصية سببا للتخفيف عنه وهنا انما يقع الطلاق بغيره فلا يصح منه فى حالة زوال عقله

(٣) قوله « وان كان صبيا الخ » الصحيح من المذهب ان الصبى المميز اذا شاء تطلق قال الاصحاب هو كطلاقه وتقدم فى اوائل كتاب الطلاق ان طلاقه يقع على زوجته ولان له مشيئة بدليل صحة اختياره لاحد ابويه والرواية الثانية لا تطلق كطلاقه .

زيد فمات أو جن او خرس طلقت[١] وان قال انت طالق واحدة الا ان يشاء زيد ثلاثا فشاء ثلاثا طلقت ثلاثا فى أحد الوجهين[٢] وفى الآخر لا تطلق[٣] وان قال انت طالق ان شاء الله طلقت وان قال لأمته أنت حرة ان شاء الله عتقت[٤]

---

(١) قوله « وان قال أنت طالق إلا أن يشاء الخ » اذا مات أو جن طلقت بلا نزاع لأنه اوقع الطلاق وعلقه بشرط ولم يوجد ويقع الطلاق فى الحال على المذهب وقيل فى آخر حياته وقيل يتبين حنثه وأما اذا خرس فالصحيح من المذهب ان اشارته المفهومة كنطقه مطلقا وقيل ان حصل خرسه بعد يمينه فليس كنطقه وقال الناظم لو قيل بعدم وقوع الطلاق اذا خرس أو جن الى حين الموت لم يكن ببعيد .

(٢) قوله « وان قال انت طالق واحدة الخ » الأول المذهب لأن هذا هو السابق الى الفهم من ذلك كما لو قال له على الف درهم الا ان يقيم بينة بثلاثة وخذ درهما الا ان تريد اكثر منه

(٣) قوله « وفى الآخر الخ » يعنى لا تطلق غير الواحدة المنجزة وهو قول اصحاب الشافعى وأبى حنيفة لأن الاستثناء من الإثبات نفى فتقديره انت طالق واحدة الا ان يشاء زيد ثلاثا فلا تطلق ولانه علق وقوع الواحدة على عدم مشيئتها الثلاث ولم يقع بمشيئتها شىء اشبه قوله الا ان يشاء زيد فاما اذا لم يشأ زيد أو شاء اقل من ثلاث فواحدة

على قوله « وفى الآخر لا تطلق » ﴿ وكذا الحكم لو قال انت طالق واحدة الا ان تشائى ثلاثا فشاءت ثلاثا ووقوع الثلاث هنا من المفردات ونص عليه وكذا عكس هذه المسئلة مثلها فى الحكم كقوله انت طالق ثلاثا الا ان تشائى او يشاء زيد واحدة فيشاء زيد أو هى واحدة

(٤) قوله « وان قال أنت طالق ان شاء الله الخ » وهذا المذهب نص عليه فى رواية الجماعة ، وفى زاد المسير لا تختلف الرواية فيه ، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن ومكحول وقتادة والزهرى ومالك والليث والأوزاعى وأبو عبيد . وعنه ما يدل على انهما لا يقعان وهو قول طاوس والحكم وأبى حنيفة والشافعى لأنه علقه على مشيئة لم يعلم وجودها فلم يقع كما لو علقه على مشيئة زيد ولقوله ﷺ من =

وحكى عنه انه يقع العتق دون الطلاق[١] وان قال أنت طالق إلا أن يشاء الله طلقت[٢] وان قال ان لم يشأ الله فعلى وجهين[٣] وان قال ان دخلت الدار فانت

= حلف فقال ان شاء الله لم يحنث رواه الترمذي وحسنه. ولنا ما روى أبو جمرة قال سمعت ابن عباس يقول اذا قال الرجل لامرأته انت طالق ان شاء الله فهى طالق رواه أبو حفص وعن أبي بردة نحوه وروى ابن عمر وابن مسعود قال كنا معشر اصحاب النبي ﷺ نرى الاستثناء جائزا فى كل شيء الا فى الطلاق والعتاق ذكره أبو الخطاب ولانه استثناء يرفع جملة الطلاق حالا ومآلا فلم يصح كاستثناء الكل

(١) قوله « وحكى عنه الخ » وعلله أحمد بأن العتق لله تعالى والطلاق ليس هو لله تعالى ولا فيه قربة ولان نذر العتق يلزم الوفاء به بخلاف الطلاق فافترقا. قال فى المحرر ولا يصح عن أحمد التفرقة بينهما وحكى هذا القول عنه أبو حامد الأسفرايني الشافعي واختار جماعة من الأصحاب هذه الرواية الأخيرة بناء على انهما من جمل الايمان قال الشيخ تقي الدين يكون معناه هي طالق ان شاء الله الطلاق بعد هذا والله لا يشاؤه الا بتكلمه بعد ذلك. وقال ايضا ان اراد بذلك وقوع الطلاق عليها بهذا التطليق طلقت لانه كقوله انت طالق بمشيئة الله وليس قوله ان شاء الله تعليقا بل توكيد للوقوع وتحقيق له وان اراد بذلك حقيقة التعليق على مشيئته مستقبلة لم يقع به الطلاق حتى تطلق بعد ذلك فاذا طلقها بعد ذلك فقد شاء الله وقوع طلاقها حينئذ وكذا ان قصد بقوله ان شاء الله ان يقع هذا الطلاق الآن فانه يكون ايضا معلقا على المشيئة فاذا شاء الله وقوعه فيقع حينئذ ولا يشاء الله وقوعه حتى يوقعه هو ثانيا. انتهى

(٢) قوله « وان قال أنت طالق إلا أن يشاء الله طلقت » هذا المذهب نص عليه ووافق أصحاب الشافعي على هذا فى الصحيح من المذهب لأنه اوقع الطلاق وعلق رفعه بمشيئة لم تعلم

(٣) قوله « وان قال ان لم الخ » احدهما يقع وهو المذهب لتضاد الشرط والجزاء فلغى تعليقه بخلاف المستحيل، والثانى لا يقع اختاره القاضى ذكره فى المستوعب بناء على تعليق الطلاق على المحال مثل قوله انت طالق ان جمعت بين الضدين أو شربت الماء الذى فى الكوز ولا ماء فيه وكذا الحكم خلافا ومذهبا لو قال انت طالق ما لم يشأ الله

طالق ان شاء الله فدخلت فهل تطلق ؟ على روايتين[1] وان قال انت طالق لرضى زيد أو لمشيئته طلقت فى الحال[2] فان قال أردت الشرط دين ، وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على روايتين[3] . وان قال ان كنت تحبين أن يعذبك الله بالنار فأنت طالق او قال ان كنت تحبينه بقلبك فأنت طالق فقالت أنا أحبه فقد توقف أحمد عنها وقال القاضى تطلق[4] والاولى انها لا تطلق

---

(١) قوله « وان قال ان دخلت الخ » احداهما تطلق لما تقدم والثانية لا لان الطلاق المعلق بشرط يمين فيدخل فى عموم الخبر قال فى الاقناع ان نوى رد المشيئة الى الفعل لم يقع الطلاق ولا العتق به لان الطلاق أو العتق يمين اذ هو تعليق على ما يمكن فعله فاذا اضافه الى مشيئة الله تعالى لم يقع لحديث ابن عمر مرفوعا من حلف على يمين فقال ان شاء الله فلا حنث عليه رواه الخمسة الا أبا داود ، فمن قال لزوجته انت طالق لتدخلن الدار ان شاء الله لم تطلق دخلت أو لم تدخل لانها ان دخلت فقد فعلت المحلوف عليه وان لم تدخل علمنا ان الله تعالى لم يشأ لانه لو شاء وجد فما شاء كان وما لم يشأ لم يكن ، وان لم ينو رد المشيئة الى الفعل وقع الطلاق والعتاق لما ذكر اولا

على قوله « فانت طالق » ؛ او حرة

(٢) قوله « فان قال أنت طالق لرضا زيد الخ » بلا نزاع لان معناه انت طالق لكونه قد شاء ذلك أو رضيه

(٣) قوله « وان قال الخ » احداهما يقبل فى الحكم على الصحيح من المذهب وهو اظهر الوجهين لأصحاب الشافعى لأن ذلك يستعمل للشرك كقوله انت طالق للسنة والثانية لا لانه خلاف الظاهر

[فائدة] لو قال ان رضى أبوك فانت طالق فقال أبوها ما رضيت ثم قال رضيت طلقت لأنه مطلق فكان متراخيا ذكره فى الفنون وان قوما قالوا ينقطع بالأول وجزم بالأول فى الاقناع

(٤) قوله « وان قال ان كنت تحبين الخ » ما قاله القاضى ذكره ابن عقيل مذهبا ومذهب العلماء كافة سوى محمد بن الحسين وجزم به فى الوجيز وهو قول اصحاب الرأى لان مافى القلب لا يوقف عليه الا من اللفظ فاقتضى تعليق الحكم بلفظها صادقة او كاذبة

اذا كانت كاذبة(١)

فصل فى مسائل متفرقة

إذا قال انت طالق إذا رأيت الهلال طلقت اذا رؤى الا ان ينوى حقيقة رؤيتها فلا يحنث حتى تراه وان قال من بشرتنى بقدوم أخى فهى طالق فأخبره به امرأتاه طلقت الاولى منهما إلا ان تكون الثانية هى الصادقة وحدها فتطلق وحدها(٢) وان قال من أخبرتنى بقدومه فهى طالق فكذلك عند

---

(١) قوله « والأولى الخ » وهذا المذهب وقاله أبو ثور لأن المحبة فى القلب ولا يوجد من أحد محبته وخبرها بالمحبة كذب لا يلتفت اليه

[فوائد] مثل ذلك خلافاً ومذهباً لو قال ان كنت تبغضين الجنة فانت طالق فقالت أنا أبغضها وكذا لو قال ان كنت تبغضين الحياة ونحو ذلك مما يعلم أنها تحبه

(الثانية) لو قالت امرأته أريد أن تطلقنى فقال ان كنت تريدين أو ان أردت ان أطلقك فانت طالق فظاهر الكلام أنها تطلق بارادة مستقبلة ودلالة الحال على أنه أراد ايقاعه للارادة التى اخبرته بها ونصر الثانى العلامة ابن القيم فى الأعلام

(الثالثة) تعليق عتق كطلاق فيما تقدم

على قوله « إذا رأيت الهلال » * أى بعد الغروب على المذهب أو اكملت العدة وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا تطلق حتى تراه ولو لم ير الهلال حتى أقمر لم تطلق وهل يقمر بعد ثالثة قدمه فى الرعاية أو باستدارته او ببهر ضوئه فيه ثلاثة اقوال قال القاضى لا يبهر ضوؤه الا فى ليلة سابعة حكاه عن أهل اللغة

(٢) قوله « وان قال من بشرتنى الخ » انما طلقت الأولى وحدها لأن التبشير خبر صدق يتغير به بشرة الوجه من سرور أو غم وقد حصل بخبر الأولى ، واشترطنا صدقها لأنه متى علم انه كذب زال السرور فان كانت الثانية هى الصادقة طلقت وحدها لأن السرور انما حصل بخبرها هذا إذا أخبرته إحداهما بعد الأخرى وان بشره بذلك اثنتان او ثلاث أو أربع دفعة واحدة طلقن كلهن قال فى الانصاف لا اعلم فى هذا خلافاً لأن من تقع على الواحد فما زاد قال تعالى ﴿فمن يعمل مثقال ذرة﴾ الآية و ﴿ من يقنت منكن لله ورسوله﴾

القاضى وعند أبى الخطاب يطلقان[1] وإن حلف لا يفعل شيئا ففعله ناسيا حنث فى الطلاق والعتاق ولم يحنث فى اليمين المكفرة فى ظاهر المذهب وعنه يحنث فى الجميع وعنه لا يحنث فى الجميع[2] وان حلف لا يدخل على فلان بيتا او لا

---

(١) قوله « وان قال من أخبرتنى الخ » يعنى أن حكم هذه المسئلة عند القاضى حكم التى قبلها من التفصيل والحكم وكذا قال فى المحرر والفروع وغيرهما وجزم به فى الاقناع لأن المراد بالخبر الاعلام ولا يحصل إلا بالخبر الصادق وعند أبى الخطاب تطلق الصادقة والكاذبة لأن الخبر يدخله الصدق والكذب

[فائدة] لو قال ان لبست ثوباً فانت طالق ونوى معينا دين على الصحيح من المذهب ويقبل حكما وعنه لا يقبل وان لم يقل ثوبا فالحكم كذلك على الصحيح من المذهب

[فائدة] إذا قال أول من يقوم منكن فهى طالق أو قال لعبيده أول من قام منكم فهو حر فقام الكل دفعة واحدة لم يقع طلاق ولا عتق لأنه لا أول فيهم وان قام واحد وواحدة ولم يقم بعده أحد فوجهان أحدهما يقع الطلاق أو العتق لان الاول ما لم يسبقه شىء والثانى لا يقع لان الاول ما بعده شىء ولم يوجد فعلى هذا لا يحكم بوقوع ذلك ولا انتفائه حتى ييئس من قيام أحد منهم فتنحل يمينه

(٢) قوله « وان حلف لا يفعل شيئا الخ » الاول المذهب وهو قول أبو عبيد وعنه لا يحنث فى الجميع بل يمينه باقية وهذا قول عطاء وعمرو بن دينار وابن أبى نجيح واسحاق وابن المنذر وهو ظاهر مذهب الشافعى وقدمه فى الخلاصة قال فى الفروع وهذا أظهر قال فى الانصاف وهو الصواب واختاره الشيخ تقى الدين لقوله تعالى وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وقال ﷺ ان الله تجاوز لأمتى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولانه غير قاصد للمخالفة فلم يحنث كالنائم والمجنون ولانه أحد طرفى اليمين فاعتبر فيه القصد كحالة الابتداء وعنه يحنث فى الجميع ويلزمه الكفارة فى اليمين المكفرة وهو قول سعيد بن جبير ومجاهد والزهرى وقتادة وربيعة ومالك وأصحاب الرأى والقول الثانى للشافعى لانه فعل ما حلف عليه قاصداً لفعله ووجه الاولى ان الكفارة انما تجب لرفع الاثم ولا إثم على الناسى للآية المتقدمة والخبر واما الطلاق والعتاق فهو معلق بشرط فيقع بوجود شرطه من غير قصد كما لو قال انت طالق ان طلعت الشمس أو قدم الحاج واما ان فعل المحلوف =

يكلمه ولا يسلم عليه أو لا يفارقه حتى يقضيه حقه فدخل بيتا هو فيه ولم يعلم أو سلم على قوم هو فيهم ولم يعلم أو قضاه حقه ففارقه نخرج رديئا أو احاله بحقه ففارقه ظنا منه انه قد برىء خرج على الروايتين فى الناسى والجاهل[1] وان حلف لايفعل شيئا ففعل بعضه لم يحنث وعنه يحنث الا أن ينوى جميعه[2] وان

= مكرها أو مجنوناً أو مغمى عليه أو نائماً لم يحنث فى هذه الأحوال ومن يمتنع بيمين الحالف ويقصد الحالف منعه من المحلوف عليه كزوجته وولده وغلامه وقرابته إذا حلف عليه كهو فى الجهل والنسيان والاكراه فمن حلف على زوجته أو نحوها لا تدخل داراً فدخلتها مكرهة لم يحنث مطلقاً وان دخلتها جاهلة أو ناسية فعلى التفصيل السابق

(١) قوله «وان حلف لايدخل على إنسان بيتاً الخ» قال الشارح وكذا ان حلف لا يبيع لزيد ثوباً فوكل زيد من يدفعه إلى من يبيعه فدفعه إلى الحالف فباعه من غير علمه فهو كالناسى وكذا ان حلف لا يكلم فلاناً فسلم عليه يحسبه أجنبياً ففى الناسى روايتان وتقدمتا والجاهل مقيس عليه لانه غير قاصد المخالفة وقد سبق دليل ذلك وجزم فى الاقناع انه يحنث فى هذه المسائل كلها لانه فعل ما حلف عليه قاصداً لفعله فحنث كما لو تعمده إلا فى السلام يعنى إذا سلم على قوم هو فيهم فلم يعلم به أو سلم عليه يظنه أجنبياً أو كلمه يظنه أجنبياً لانه لم يقصده بكلامه ولا سلامه

[فائدتان] اختار الشيخ تقى الدين فيمن حلف على غيره ليفعلنه فخالفه لم يحنث ان قصد اكرامه لا الزامه به لانه كالامر ولايجب لامره عليه الصلاة والسلام أبا بكر بوقوفه فى الصف ولم يقف ولان أبا بكر أقسم ليخبرنه بالصواب والخطأ لما فسر الرؤيا فقال لا تقسم لانه علم أنه لم يقصد الاقسام عليه مع المصلحة المقتضية للكتم وقال أيضاً ان لم يعلم المحلوف عليه بيمينه فكالناسى قال فى الفروع وعدم حنثه هنا أظهر . انتهى

(الثانية) لو حلف لا تأخذ حقك منى فأكره على دفعه اليه أو أخذه منه قهراً حنث جزم به المصنف وغيره لان المحلوف عليه فعل الاخذ مختاراً وان أكره صاحب الحق على أخذه خرج على الخلاف اذا حلف لا يفعل شيئاً ففعله مكرهاً

(٢) قوله «وان حلف لايفعل شيئا الخ» الاول المذهب مالم يكن له نية أوسبب =

حلف ليفعلنه لم يبر حتى يفعل جميعه[١] وإذا حلف لا يدخل دارا فأدخلها بعض جسده أو دخل طاق الباب أو لا يلبس ثوبا من غزلها فلبس ثوبا فيه منه أو لا يشرب ماء هذا الاناء فشرب بعضه خرج على الروايتين[٢]. وإن حلف لا يشرب ماء هذا النهر فشرب منه حنث[٣] وان حلف لا يلبس ثوبا اشتراه زيد أو نسجه او لا يأكل طعاما طبخه فلبس ثوبا نسجه هو وغيره أو اشترياه أو أكل من طعام طبخاه فعلى روايتين[٤] وإن اشترى غيره شيئا فخلطه بما اشتراه

= أو قرينة نص عليه فيمن حلف على امرأته لا تدخل بيت أختها لم تطلق حتى تدخل كلها وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي لان النبي ﷺ كان يخرج رأسه وهو معتكف إلى عائشة فترجله والمعتكف ممنوع من الخروج إلى المسجد وعنه يحنث الخ حكى ذلك عن مالك وهو اختيار القاضي والخرقي وأبي بكر وغيرهم لان اليمين تقتضي المنع من فعل المحلوف عليه فاقتضت المنع من فعل شيء منه كاليمين

(١) قوله « وان حلف ليفعلنه الخ » أي بالدخول إلى الدار بجملته قال الشارح لا يختلف المذهب في ذلك ولا نعلم بين أهل العلم فيه اختلافاً لان اليمين تناولت فعل الجميع فلا يبرأ إلا بفعله

(٢) قوله « وان حلف لا يدخل داراً الخ » وكذا لو حلف لا يبيع عبده ولا يهبه فباع نصفه ووهب نصفه فحكمها حكم ما إذا فعل بعض المحلوف عليه والمذهب أنه لا يحنث كما تقدم

(٣) قوله « وان حلف لا يشرب ماء هذا النهر الخ » أي حنث وجهاً واحداً لان فعل الجميع ممتنع فلا تنصرف يمينه اليه وكذلك ان قال والله لا آكل الخبز ولا أشرب الماء وما أشبهه مما علق على اسم جنس أو علقه على اسم جمع كالمسلمين والمشركين والفقراء والمساكين فانه يحنث بالبعض وبه قال أبو حنيفة وسلم أصحاب الشافعي في اسم الجنس دون الجمع

[فائدة] لو حلف لا ألبس من غزلها ولم يقل ثوباً فلبس ثوبا فيه منه أو لا آكل طعاماً اشترته فأكل طعاماً شوركت في شرائه فقيل هو على الخلاف اختاره القاضي وأبو الخطاب وقيل يحنث هنا قولا واحدا وهو الصحيح قدمه في الفروع واختاره الجد والمصنف

(٤) قوله « وان حلف لا يلبس ثوباً الخ » إحداهما يحنث وهو الصحيح من المذهب

فأكل أكثر مما اشتراه شريكه حنث[١] وان أكل مثله فعلى وجهين[٢]

باب التأويل فى الحلف

ومعنى التأويل ان يريد بلفظه ما يخالف ظاهره[٣] فإن كان الحالف ظالما لم

اختاره أبو بكر والمصنف والقاضى والشريف وأبو الخطاب وغيرهم كما لو حلف أن لا يلبس من غزل فلانة فلبس ثوباً من غزلها وغزل غيرها والثانية لا يحنث وهو قول أبى حنيفة والشافعى لانه لم يلبس ثوباً كاملا من غزلها

(١) قوله « فأكل أكثر حنث » وجها واحداً لانه يعلم بالضرورة أنه أكل مما اشتراه زيد وهو شرط الحنث

(٢) قوله « وان أكل مثله الخ » أحدهما لايحنث وهو الصحيح لان الاصل عدم الحنث ولم نتيقنه والثانى يحنث لانه يستحيل فى العادة انفراد ما اشتراه زيد من غيره فيكون الحنث ظاهرا

(٣) قوله « ومعنى التأويل الخ » وذلك أن يحلف إنه أخي يريد بذلك أخوة الاسلام أو يعنى بالسقف والبناء السماء والبساط والفراش الارض وبالاوتاد الجبال وباللباس الليل أو يقول ما رأيت فلاناً أى ما ضربت رئته ولا ذكرته أى ما قطعت ذكره أو يقول جوارى أحرار أى سفنه ونسائى طوالق يعنى نساء الاقارب منه أو يقول ما كاتبت فلاناً ولا عرفته ولا أعلمته ولا سألته حاجة ولا شربت له ماء ولا فى بيتى فرش ولا حصير يعنى بالمكاتبة مكاتبة الرقيق وبالتعريف جعله عريفاً وبالاعلام جعله أعلم الشفة والحاجة شجرة صغيرة والفرش صغار الإبل والحصير الجيش أو يقول والله ما أكلت من هذا شيئاً ولا أخذت منه يعنى الباقى بعد أخذه وأكله

﴿ فصل ﴾ ولا يخلو حال الحالف المتأول من ثلاثة أحوال : (أحدها) أن يكون مظلوماً مثل أن يستحلفه ظالم على شيء لو صدقه لظلمه أو ظلم غيره أو نال مسلماً منه ضرر فهذا له تأويله نص عليه فى رجل له امرأتان اسم كل واحدة منهما فاطمة فماتت واحدة فحلف بطلاق فاطمة ونوى التى ماتت قال ان كان المستحلف له ظالما فالنية نية صاحب الطلاق وان كان المطلق هو الظالم فالنية نية الذى استحلفه

ينفعه تأويله لقول رسول الله ﷺ « يمينك على ما يصدقك به صاحبك وان لم يكن ظالما فله تأويله فإذا أكلا تمرا فحلف لتخبرنى بعدد ما أكلت أو لتميزن نوى ما أكلت فإنها تفرد كل نواة وحدها وتعد من واحد الى عدد يتحقق دخول ما أكل فيه وان حلف ليقعدن على بارية فى بيته ولا يدخله بارية فإنه يدخل قصبا فينسجه فيه وان حلف ليطبخن قدرا برطل ملح ويأكل منه ولا يجد طعم الملح فانه يسلق به بيضا وان حلف لا يأكل بيضا ولا تفاحا وليأكلن مما فى هذا الوعاء فوجده بيضا وتفاحا فانه يعمل من البيض ناطفا ومن التفاح شرابا وان كان على سلم فحلف لا صعدت اليك ولا نزلت الى هذه ولا أقمت مكانى ساعة فلتنزل العليا وتصعد السفلى فتنحل يمينه وان حلف لا أقمت عليه ولا نزلت منه ولا صعدت فيه فانه ينتقل الى سلم آخر وان حلف لا أقمت فى هذا الماء ولا خرجت منه فان كان جاريا لم يحنث اذا نوى ذلك بعينه وان

(الحال الثانى) ان يكون الحالف ظالماً كالذى يستحلفه الحاكم على حق عنده فهذا تنصرف يمينه الى ظاهر الذى عناه المستحلف ولا ينفع الحالف تأويله وبهذا قال الشافعى ولا نعلم فيه مخالفاً فان أبا هريرة قال قال رسول الله ﷺ يمينك على ما يصدقك به صاحبك رواه مسلم وأبو داود وعن أبى هريرة قال قال رسول الله ﷺ اليمين على نية المستحلف رواه مسلم ولانه لو ساغ التأويل لبطل المعنى المبتغى لليمين وصار التأويل وسيلة إلى جحد الحقوق قال ابراهيم فى رجل استحلفه السلطان على شيء بالطلاق فورى فى يمينه إلى شيء : اجزأ عنه وان كان ظالماً لم تجزىء عنه التورية

(الحال الثالث) ان لا يكون ظالما ولا مظلوماً فظاهر كلام أحمد ان له تأويله فانه روى عنه ان مهنا كان عنده والمروذى وجماعة فجاء رجل يطلب المروذى ولم يرد المروذى ان يكلمه فوضع مهنا اصبعه فى كفه وقال ليس المروذى ههنا وما يصنع المروذى ههنا ولم ينكره أحمد وروى ان مهنا قال إنى اريد الخروج يعنى السفر إلى بلده واحب ان تسمعنى الجزء الفلانى فاسمعه إياه ثم رآه بعد ذلك فقال ألم تقل انى أريد الخروج فقال له قلت لك انى أريد الخروج الآن فلم ينكر عليه وهذا مذهب الشافعى ولا نعلم فيه خلافاً

كان واقفا حمل منه مكرها وان استحلفه ظالم ما لفلان عندك وديعة وكانت له عنده وديعة فانه يعنى (بما) الذى ويبر فى يمينه وان حلف له ما فلان ههنا وعنى موضعا معينا بر فى يمينه وان حلف على امرأته لا سرقت منى شيئا فخانته فى وديعة لم يحنث الا ان ينوى

باب الشك فى الطلاق[١]

اذا شك هل طلق او لا لم تطلق[٢] واذا شك فى عدد الطلاق بنى على اليقين[٣] وقال الخرقى اذا طلق فلم يدر أواحدة طلق ام ثلاثا لا يحل له وطؤها حتى

---

(١) الشك هنا مطلق التردد سواء كان على السواء أو ترجح احد الطرفين

(٢) قوله « إذا شك الخ » هذا بلا نزاع وهو مذهب الشافعى وأصحاب الرأى لأن النكاح ثابت بيقين فلا يزول بالشك ويشهد له حديث عبد الله بن زيد مرفوعا انه سئل عن الرجل يخيل اليه انه يجد الشيء فى الصلاة فقال لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا . لكن قال المصنف ومن تابعه الورع التزام الطلاق فان كان المشكوك فيه رجعياً راجع امرأته ان كان مدخولا بها والا جدد نكاحها ان كان غير مدخول بها او قد انقضت عدتها وان شك فى طلاق ثلاث طلقها واحدة وتركها حتى تنقضى عدتها فيجوز لغيره نكاحها واما اذا لم يطلقها فبيقين نكاحه باق فلا تحل لغيره

[فائدة] لو شك فى شرط الطلاق لم يلزمه مطلقا على الصحيح من المذهب وقيل يلزمه مع شرط عدمى نحو لقد فعلت كذا أو ان لم أفعله اليوم فمضى وشك فى فعله وأفتى الشيخ تقى الدين فيمن حلف ليفعلن شيئا ثم نسيه انه لا يحنث لأنه عاجز عن البر

(٣) قوله « وان شك فى عدد الطلاق الخ » هذا المذهب بلا ريب نص عليه وعليه الأصحاب خلا الخرقى قال احمد فى رواية ابن منصور فى رجل لفظ بطلاق امرأته لا يدرى واحدة أم ثلاثا فقال اما الواحدة فقد وجبت عليه وهى عنده حتى يستيقن وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى لأن ما زاد على القدر الذى تيقنه طلاق مشكوك فيه فلم يلزمه كما لو شك فى أصل الطلاق اذا ثبت هذا فانه تبقى أحكامه أحكام المطلق دون الثلاث من إباحة الرجعة واذا راجع عادت الى ما كانت عليه قبل الطلاق

يتيقن[1] وكذلك قال فيمن حلف بالطلاق لا يأكل تمرة فوقعت فى تمر فأكل منه واحدة منع من وطء امرأته حتى يتيقن أنها ليست التى وقعت اليمين عليها ولا يتحقق حنثه حتى يأكل التمر كله[2] وان قال لامرأتيه احداكما طالق ينوى

---

(١) قوله « وقال الخرقى الخ » ونحوه قول مالك وهو رواية عن أحمد لأنه متيقن للتحريم شاك فى التحليل وعليه نفقتها ما دامت فى العدة لأن الأصل بقاؤها استناداً لبقاء النكاح ولانه لو تنجس ثوبه ولم يدر موضع النجاسة منه لا يحل أن يصلى فيه حتى يغسل ما تيقن به طهارته فكذا هنا وظاهر كلام الإمام والأصحاب انه اذا راجعها حلت له وهو قول أبى حنيفة والشافعى لأن التحريم المتعلق بما تيقنه يزول بالرجعة يقينا فان التحريم أنواع تحريم تزيله الرجعة وتحريم يزيله نكاح جديد وتحريم يزيله نكاح بعد زوج واصابة ومن تيقن الأدنى لا يثبت فيه حكم الأعلى كمن تيقن الحدث الأصغر لا يثبت فيه حكم الأكبر ، ويخالف الثوب فان غسل بعضه لا يرفع ما تيقنه من النجاسة قال الزركشى ولضعف هذا القول لم يلتفت اليه القاضى فى تعليقه وحمل كلامه على الاستحباب

(٢) قوله « وكذلك قال - يعنى الخرقى - فيمن حلف الخ » هذه المسئلة لاتخلو من أحوال ثلاثة أحدها أن يتيقن أكل التمرة المحلوف عليها اما بأن يعرفها بعينها أو صفتها أو يأكل التمر كله أو الجانب الذى وقعت فيه كله فيحنث بلا خلاف بين أهل العلم لأنه أكل التمرة المحلوف عليها

(الثانى) ان يتحقق أنه لم يأكلها اما بأن لا يأكل من التمر شيئاً او أكل شيئا يعلم انه غيرها فلا يحنث أيضا بلا خلاف

(الثالث) أكل من التمر شيئا واحدة أو أكثر الى أن لا يبقى منه الا واحدة ولم يدر أكلها أو لا فهذه مسئلة الخرقى فلا يتحقق حنثه لأن الباقية يحتمل انها المحلوف عليها ويقين النكاح ثابت فلا يزول بالشك وهذا قول الشافعى وأصحاب الرأى فعلى هذا يكون حكم الزوجية باقيا فى لزوم نفقتها وكسوتها ومسكنها وسائر أحكامها إلا فى الوطء فان الخرقى قال يمنع من وطئها لأنه شاك فى حلها فحرمت عليه كما لو اشتبهت عليه امرأته بأجنبية وذكر ابو الخطاب انها باقية على الحل وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب وهو مذهب الشافعى لأن الأصل الحل فلا يزول بالشك كسائر أحكام النكاح ولأن النكاح باق حكما فاثبت الحل كما لو شك هل طلق أو لا

واحدة معينة طلقت وحدها فان لم ينو اخرجت المطلقة بالقرعة[1] وان طلق

---

(١) قوله «وان قال لامرأتيه الخ» ان نوى معينة طلقت وحدها بلا خلاف لأنه عينها بنيته فاشبه ما لو عينها بلفظه واذا لم ينو اخرجت واحدة بالقرعة على الصحيح من المذهب نص عليه فى رواية جماعة وبه قال الحسن وابو ثور وقال قتادة ومالك يطلقن جميعا وقال حماد بن أبى سليمان والثورى وابو حنيفة والشافعى له ان يختار ايتهن شاء فيوقع عليها الطلاق لأنه يمكن ايقاعه ابتداء وتعيينه فاذا اوقعه ولم يعينه ملك تعيينه ولنا ان ما ذكرناه مروى عن على وابن عباس ولا مخالف لهما فى الصحابة ولأنه ازالة ملك بنى على التغليب والسراية فتدخله القرعة كالعتق ولأن الحق لواحد غير معين فوجب تعيينه بالقرعة كالحرية فى العبيد اذا اعتقهم فى مرضه ولم يخرج جميعهم من الثلث واما الدليل على أنهن لا يطلقن جميعا انه اضاف الطلاق الى واحدة فلم يطلق الجميع

[فوائد] الأولى لا يجوز له أن يطأ احداهما قبل القرعة او التعيين على الرواية الاخرى وليس الوطء تعيينا لغيرها على الصحيح من المذهب

(الثانية) لا يقع الطلاق بالتعيين بل يتبين وقوعه به على الصحيح من المذهب

(الثالثة) لو مات اقرع وارثه بينهما فمن وقعت عليها القرعة بالطلاق فحكمها فى الميراث حكم ما لو عينها بالتطليق وقيل يقف الامر حتى يصطلحوا

(الرابعة) اذا ماتت احداهما ثم مات هو قبل البيان فكذلك والاقراع اذا ماتت واحدة وهى من مفردات المذهب

(الخامسة) اذا ماتت المرأتان او احداهما عين المطلق لاجل الإرث فان كان نوى المطلقة حلف لورثة الاخرى انه لم ينوها وورثها او الحية ولم يرث الميتة وان كان ما نوى احداهما اقرع على الصحيح او يعين على الرواية الاخرى فان عين الحية للطلاق صح وحلف لورثة الميتة انه لم يطلقها وورثها وان عينها للطلاق لم يرثها وحلف للحية. وعنه يعتزلهما إذا ماتا حتى يتبين الحال

(السادسة) لو قال لزوجتيه أو أمتيه احداكما طالق اوحرة غداً فماتت إحداهما قبل الغد طلقت وعتقت الباقية على الصحيح من المذهب وهو قول أبى حنيفة وقيل لا تطلق ولا تعتق الا بقرعة تعينها

واحدة بعينها وانسيها فكذلك عند اصحابنا[١] وان تبين ان المطلقة غير التى خرجت عليها القرعة ردت اليه فى ظاهر كلامه الا ان تكون قد تزوجت أو يكون بحكم حاكم[٢] وقال ابو بكر وابن حامد تطلق المرأتان والصحيح ان القرعة لا مدخل لها ههنا ويحرمان عليه جميعا كما لو اشتبهت امرأته بأجنبية. وان طار طائر فقال ان كان هذا غرابا ففلانة طالق وان لم يكن غرابا ففلانة طالق ولم يعلم حاله فهى كالمنسية[٣] وان قال ان كان غرابا ففلانة طالق وان كان

---

(١) قوله «وان طلق واحدة الخ» وهو المذهب نص عليه نقله الجماعة عن احمد فاذا طلق امرأة من نسائه وانسيها اخرجت بالقرعة قال الزركشى هذا منصوص احمد لأنه بعد النسيان لا يعلم المطلقة منهما فوجب أن تشرع القرعة فيها قال المصنف هنا والصحيح ان القرعة لا مدخل لها الخ وهو رواية عن احمد فروى اسماعيل بن سعيد عن احمد ان القرعة لا تستعمل هنا لمعرفة الحل وانما تستعمل لبيان الميراث قال فى الشرح لا ينبغى ان يثبت الحل بالقرعة وهو قول أكثر اهل العلم فالكلام إذاً فى شيئين احدهما استعمال القرعة فى المنسية فى التوريث الثانى استعمالها فى الحل والأول جائز لأن الحقوق اذا تساوت على وجه لا يمكن التمييز الا بالقرعة صح كالشرط فى القسمة واما الثانى فلا يصح استعمالها لانها اشتبهت زوجته بأجنبية فلم تحل احداها بالقرعة

[فائدة] اذا قال امرأتى طالق وأمتى حرة وله نساء واماء ونوى معينة انصرف اليها ، وان نوى واحدة مبهمة فهى مبهمة فيهن ، وان لم ينو شيئا فقال ابو الخطاب يطلق نساؤه كلهن ويعتق اماؤه لان الواحد المضاف يراد به الكل لقوله تعالى وان تعدوا نعمة الله لا تحصوها ولان ذلك يروى عن ابن عباس وجزم بهذا فى الاقناع . وقال الجماعة يقع على واحدة منهن وحكمه حكم ما لو قال احداكن طالق واحداكن حرة لان لفظ الواحد لا يستعمل فى الجمع إلا مجازاً

(٢) قوله «وان تبين ان المطلقة الخ» وهذا المذهب فيهما وعليه جماهير الاصحاب لأنها إذا تزوجت فقد تعلق بها حق الزوج الثانى فلا يقبل قوله فى فسخ نكاحه واذا كانت الفرقة من قبل الحاكم لم يمكن الزوج رفعها

(٣) قوله «وان طار طائر الخ» يعنى فى الخلاف والمذهب وهو صحيح وقاله الاصحاب

حماما ففلانة طالق لم تطلق واحدة منهما اذا لم يعلم[1] وان قال ان كان غرابا فعبدى حر فقال آخر ان لم يكن غرابا فعبدى حر ولم يعلماه لم يعتق عبد واحد منهما فان اشترى أحدهما عبدا لآخر اقرع بينهما حينئذ[2] وقال القاضى يعتق الذى اشتراه[3] وان قال لامرأته واجنبية احداكما طالق أو قال سلمى طالق

[فائدتان] اذا رأى رجلان طائرين فحلف احدهما بالطلاق انه غراب وحلف الآخر انه حمام فطار ولم يعلما حاله لم يحكم بحنث واحد منهما لأن يقين النكاح ثابت ووقوع الطلاق مشكوك فيه فان ادعت امرأة احدهما حنثه فيهما فالقول قوله لأن الأصل معه

(الثانية) لو قال ان كان غرابا فامرأته طالق ثلاثا وقال الآخر ان لم يكن غرابا فامرأته طالق ثلاثا فطار ولم يعلما حاله لم تطلقا وتبقى أحكام النكاح ، فأما الوطء فذكر القاضى أنه يحرم عليهما لأن أحدهما حانث بيقين وامرأته محرمة عليه وقد أشكل فحرما جميعا قال فى الانصاف الا مع اعتقاد احدهما خطأ الآخر فى اصح الوجهين منهما وقال الشافعى وأصحاب الرأى لا يحرم على واحد منهما وطء امرأته لأنه محكوم ببقاء نكاحه واختار ابو الفرج فى الايضاح وابن عقيل والحلوانى وابنه فى التبصرة والشيخ تقى الدين وقوع الطلاق وجزم به فى الروضة فيقرع وذكره القاضى المنصوص وقال أيضا وهو قياس المذهب قال فى القاعدة الرابعة عشرة وذكر بعض الاصحاب احتمالا يقتضى وقوع الطلاق بهما قال الشيخ تقى الدين وهو ظاهر كلام الامام احمد وذكره انتهى . والاول جزم به فى الاقناع

(١) قوله « وان قال ان كان غرابا الخ » لا نعلم فيه خلافا لانه يحتمل انه غيرهما فلا يزول يقين النكاح بالشك فى الحنث فان ادعت حنثه قبل قوله

(٢) قوله « وان قال ان كان غرابا فعبدى حر الخ » أى لم يحكم بعتق واحد من العبدين لأن الأصل بقاء الرق وقال فى القاعدة الرابعة عشرة لو كانا امتين ففيها الوجهان وقياس المنصوص هنا أن يكف كل واحد عن وطء أمته حتى يتيقن فان اشترى احدهما عبد الآخر اقرع بينهما حينئذ هذا المذهب اختاره ابو الخطاب والمصنف والشارح لأن العبدين صارا له وقد علم عتق احدهما لا بعينه فيعتق بالقرعة الا أن يكون احدهما اقر ان الحانث صاحبه فيؤخذ باقراره

(٣) قوله « وقال القاضى الخ » وهو مذهب الشافعى لانه ينكر حنث نفسه وذلك يقتضى حنث رفيقه فى الحلف فيكون مقرا بحريته فاذا اشتراه وجب الحكم عليه

واسم امرأته سلمى طلقت امرأته(١) فان أراد الاجنبية لم تطلق(٢) وان ادعى ذلك دين ، وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على روايتين(٣) وان نادى امرأته فأجابته امرأة له أخرى فقال انت طالق يظنها المناداة طلقتا فى احدى الروايتين والاخرى تطلق التى ناداها(٤) وان قال علمت انها غيرها واردت طلاق المناداة طلقتا معا(٥) وان قال اردت طلاق الثانية طلقت وحدها(٦) وان لقى اجنبية ظنها امرأته فقال فلانة انت طالق طلقت امرأته(٧)

---

(١) قوله « وان قال لامرأته واجنبية الخ » أى لأنه لا يملك طلاق غيرها ولانه ازالة ملك اشبه ما لو باع ما له ومال غيره صح فى ماله دون مال غيره

(٢) قوله « فان اراد الخ » أى انه لم يصرح بطلاقها ولا لفظ بما يقتضيه ولا نواه فوجب بقاء نكاحها

(٣) قوله « وهل يقبل الخ » احداهما لايقبل فى الحكم الا بقرينة وهو المذهب نص عليه لان غير زوجته ليست محلا لطلاقه والثانية يقبل و به قال ابو ثور وأصحاب الرأى لأنه فسر كلامه بما يحتمله

(٤) قوله « وان نادى امرأته الخ » الرواية الأولى قال بها النخعى وقتادة والاوزاعى واصحاب الرأى واختاره ابن حامد لأنه خاطبها بالطلاق وهى محل له والرواية الاخرى تطلق التى ناداها فقط وهو المذهب نص عليه قال ابو بكر لايختلف قول احمد انها لا تطلق غير المناداة وهو قول الحسن والزهرى وابى عبيد لانه لم يقصدها بالطلاق فلم تطلق وقال الشافعى تطلق المجيبة وحدها لأنها مخاطبة بالطلاق

(٥) قوله « وان قال علمت الخ » أى بلاخلاف نعلمه لان المناداة توجه اليها لفظ الطلاق ونيته والمجيبة توجه اليها بخطابها بالطلاق

(٦) قوله « وان قال أردت الخ » أى لأنه خاطبها بالطلاق ونواها به ولا يطلق غيرها لأن لفظه غير موجه اليها

(٧) قوله « وان لقى أجنبية الخ » نص عليه وقال الشافعى لاتطلق لأنه خاطب بالطلاق غيرها فلم يقع كما لو علم انها اجنبية . ولنا انه قصد زوجته بلفظ الطلاق

[تنبيه] ظاهر قوله « وان لقى اجنبية فقال فلانة الخ » أنه إذا لم يسمها بل قال انت طالق انها لا تطلق وهو احد الوجهين . والصحيح من المذهب انها تطلق سواء سماها او لا

كتاب الرجعة (١)

اذا طلق الحر امرأته بعد دخوله بها اقل من ثلاث والعبد واحدة بغير عوض فله رجعتها ما دامت فى العدة رضيت أو كرهت (٢) وألفاظ الرجعة راجعت امرأتى او رجعتها او ارتجعتها ورددتها او امسكتها (٣) فان قال نكحتها اوتزوجتها فعلى وجهين . وهل من شرطها الاشهاد ؟ على روايتين (٤) والرجعية

[فائدة] لو لقى امرأته فظنها أجنبية عكس مسئلة المصنف فقال انت طالق ففى وقوع الطلاق روايتان احداهما لا يقع قال ابن عقيل وغيره العمل عليه وجزم به فى الوجيز واختاره ابو بكر وهو ظاهر ما قدم فى المغنى والشرح وصححه فى تصحيح المحرر لانه لم يردها بذلك فلم يبق شىء والثانية يقع جزم به فى تذكرة ابن عقيل والمنور وكذا حكم العتق على الصحيح من المذهب

(١) الرجعة ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع ، اما الكتاب فقوله تعالى ﴿ وبعولتهن احق بردهن فى ذلك ﴾ والمراد الرجعة وقال تعالى ﴿ وإذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف ﴾ أى بالرجعة واما السنة فلما روى ابن عمر قال طلقت امرأتى وهى حائض فسأل عمر النبى ﷺ فقال مره فليراجعها متفق عليه وروى ابو داود عن عمر قال ان النبى ﷺ طلق حفصة ثم راجعها

(٢) قوله « اذا طلق الحر الخ » اجمع على ذلك اهل العلم واجمعوا على أنه لارجعة له عليها بعد انقضاء عدتها وقد ذكرنا ان الطلاق معتبر بالرجال ولا يعتبر رضا المرأة لقوله تعالى ﴿ وبعولتهن احق بردهن فى ذلك ﴾ اى فى العدة فجعل الحق لهم وقال سبحانه ﴿ فامسكوهن بمعروف ﴾ فخاطب الازواج بالامر ولم يجعل لهن اختيارا وقال الشيخ تقى الدين لا يمكن من الرجعة الا من اراد اصلاحا وامسك بمعروف فلو طلق اذاً ففى تحريمه الروايات وقال: القرآن يدل على انه لا يملكه وانه لو اوقعه لم يقع كما لو طلق البائن ومن قال ان الشرع ملك الانسان ما حرم عليه فقد تناقض

[تنبيه] ظاهر قوله بعد دخوله بها أنه لو خلا بها ثم طلقها يملك الرجعة لأن الخلوة بمنزلة الدخول وهو صحيح وهو المذهب

(٣) قوله « وألفاظ الرجعة الخ » الصحيح من المذهب ان هذه الالفاظ الخمسة ونحوها صريح فى الرجعة وعليه الأصحاب وقيل الصريح من ذلك لفظ الرجعة

(٤) قوله « وهل من شرطها الاشهاد الخ » إحداهما لا يشترط وهو المذهب نص

زوجة يلحقها الطلاق والظهار والايلاء[١] ويباح لزوجها وطئها والخلوة والسفر بها ولها ان تتشرف له وتتزين[٢] وتحصل الرجعة بوطئها نوى الرجعة به أو لم ينوه[٣] ولا تحصل بمباشرتها والنظر الى فرجها والخلوة بها لشهوة نص

عليه فى رواية ابن منصور وعليه جماهير الأصحاب وهو قول مالك وابى حنيفة لانها لا تفتقر الى قبول فلم تفتقر الى شهادة كسائر حقوق الزوج ولان ما لا يشترط فيه الولى لا يشترط فيه الاشهاد كالبيع قال الشارح وهذا اولى ان شاء الله ، والثانية يشترط وهذا احد قولى الشافعى لقوله تعالى ﴿ فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوى عدل منكم ﴾ وظاهر الامر الوجوب ولأنه استباحة بضع مقصود فوجبت الشهادة فيه كالنكاح ، فعلى هذه الرواية ان اشهد واوصى الشهود بكتمانها فالرجعة باطلة نص عليه . ولا تفتقر الرجعة إلى ولى ولا صداق ولا رضا المرأة ولا علمها باجماع أهل العلم لأن حكم الرجعية حكم الزوجات

(١) قوله « والرجعية زوجة يلحقها الخ » وهذا المذهب وعليه الاصحاب وعنه لا يصح الايلاء منها فعلى المذهب ابتداء المدة من حين اليمين ويرث احدهما صاحبه ان مات بالاجماع وان خالعها صح خلعه وقال الشافعى فى أحد قوليه لا يصح لانه يراد للتحريم وهى محرمة ولنا انها زوجة يصح طلاقها فصح خلعها كما قبل الطلاق وليس مقصود الخلع التحريم بل الخلاص من ضرر الزوج ونكاحه

[فائدة] ظاهر قوله والرجعية زوجة ان لها القسم وهو ظاهر كلام اكثر الاصحاب وصرح المصنف فى المغنى انه لا قسم لها ذكره فى الحضانة

(٢) قوله « ويباح لزوجها وطئها الخ » وهذا المذهب وعليه اكثر الاصحاب وهذا مذهب ابى حنيفة لانها فى حكم الزوجات فابيحت له كما قبل الطلاق وعنه ليست مباحة حتى يراجعها بالقول فلا تحصل بوطئها وان اكرهها فلها المهر ان لم يرتجعها بعده وهو ظاهر كلام الخرقى ومذهب الشافعى وحكى ذلك عن عطاء ومالك لانها مطلقة فكانت محرمة ولا حد عليه بالوطء بغير خلاف

(٣) قوله « وتحصل الرجعة بوطئها الخ » هذا المذهب مطلقا وعليه جماهير الاصحاب وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعطاء وطاوس والزهرى والثورى والاوزاعى وابن ابى ليلى واصحاب الرأى قال بعضهم ويشهد ، وعنه لا تحصل الرجعة بذلك الا مع نية الرجعة ، واختاره الشيخ تقى الدين ، وقاله مالك واسحاق

عليه(١) وخرجه ابن حامد على وجهين وعنه ليست مباحة ولا تحصل الرجعة بوطئها وان أكرهها عليه فلها المهر ان لم يرتجعها بعده . ولا يصح تعليق الرجعة بشرط(٢) ولا الارتجاع فى الردة (٣) فان طهرت من الحيضة الثالثة ولما تغتسل فهل له رجعتها ؟ على روايتين(٤) وان انقضت عدتها ولم يرتجعها بانت ولم تحل

---

(١) قوله « ولا تحصل بمباشرتها الخ » يعنى اذا قلنا تحصل الرجعة بالوطء لا تحصل بذلك اما مباشرتها والنظر الى فرجها فلاتحصل الرجعة بأحدهما على الصحيح من المذهب قال الزركشى عليه الاصحاب واما الخلوة فالصحيح من المذهب ان الرجعة لا تحصل بها كما قدمه المصنف هنا

[فائدة] لا تحصل الرجعة بانكار الطلاق

(٢) قوله « ولا يصح تعليق الرجعة الخ » هذا المذهب . فلو قال راجعتك ان شئت او كلما طلقتك فقد راجعتك لم يصح بلا نزاع لانه راجعها قبل ان يملك الرجعة فاشبه الطلاق قبل النكاح وان قال ان قدم ابوك فقد راجعتك لم يصح لانه تعليق على شرط

(٣) قوله « ولا الارتجاع فى الردة » ان قلنا تتعجل الفرقة بمجرد الردة لم يصح الارتجاع لانها قد بانت وان قلنا لا تتعجل فجزم المصنف هنا ان الارتجاع لا يصح وهو الصحيح من المذهب وهو صحيح مذهب الشافعى لانه استباحة بضع مقصود فلم يصح مع الردة كالنكاح ولان الرجعة تقرير للنكاح والردة تنافى ذلك

(٤) قوله « وان طهرت من الحيضة الخ » إحداهما له رجعتها وهو المذهب نص عليه وعليه اكثر الاصحاب وهو من مفردات المذهب ، وروى ذلك عن عمر وعلى وابن مسعود وسعيد بن المسيب والثورى وأبى عبيد ، وروى نحوه عن ابى بكر الصديق وابى موسى وعبادة وابى الدرداء ، وروى عن شريك له الرجعة وان فرطت فى الغسل عشرين سنة لانه قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف فى عصرهم فكان اجماعا ولان اكثر احكام الحيض لا تزول بالغسل . والرواية الثانية ان العدة تنقضى بمجرد الطهر قبل الغسل وهو قول طاوس وسعيد بن جبير والاوزاعى واختاره ابو الخطاب لقوله تعالى ﴿ والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء ﴾ والقروء الحيض وقد زالت فيزول التربص وفيما روى عنه ﷺ انه قال قرء الأمة حيضتان وقال دعى الصلاة ايام اقرائك اى ايام حيضتك

إلا بنكاح جديد[١] وتعود اليه على مابقى من طلاقها سواء رجعت بعد نكاح زوج غيره أو قبله وعنه ان رجعت بعد نكاح زوج غيره رجعت بطلاق ثلاث[٢] وان ارتجعها فى عدتها وأشهد على رجعتها من حيث لا تعلم فاعتدت وتزوجت

[تنبيه] محل الخلاف فى اباحتها الأزواج وحلها لزوجها بالرجعة اما ماعدا ذلك من انقطاع نفقتها وعدم وقوع الطلاق بها وانتفاء الميراث وغير ذلك فيحصل بانقطاع الدم رواية واحدة قاله القاضى وغيره وذلك قصرا على مورد حكم الصحابة قاله الزركشى وجعله ابن عقيل على الخلاف وما هو ببعيد

[فائدة] اذا تزوجت الرجعية فى عدتها وحملت من الزوج الثانى انقطعت عدة الأول بوطء الثانى . وهل يملك الزوج رجعتها فى مدة الحمل يحتمل وجهين اولاهما ان له رجعتها لأنها ما لم تقض عدته فحكم نكاحه باق وانما انقطعت عدته لعارض فهو كما لو وطئت فى صلب نكاحه

(١) قوله « وان انقضت عدتها الخ » هذا بالاجماع

(٢) قوله « وتعود اليه على ما بقى من طلاقها الخ » المطلقة لا تخلو من ثلاثة أحوال : أحدها أن يطلقها دون الثلاث ثم تعود اليه برجعة او نكاح جديد قبل زوج ثان فهذه تعود اليه على ما بقى من طلاقها بغير خلاف علمناه . الثانى ان يطلقها ثلاثا فتنكح زوجا غيره ويصيبها ثم يتزوجها الأول فهذه تعود على طلاق ثلاث بالاجماع الثالث طلقها دون الثلاث فقضت عدتها ثم نكحت غيره ثم تزوجها الاول ففيها روايتان اظهرهما انها تعود اليه على ما بقى من الثلاث وهو قول الاكابر من اصحاب النبى ﷺ منهم عمر وعلى وابى ومعاذ وعمران بن حصين وابوهريرة وزيد وعبد الله ابن عمرو وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة والحسن ومالك والثورى وابن أبى ليلى والشافعى واسحاق وابو عبيد وابو ثور ومحمد بن الحسن وابن المنذر وهى المذهب وعنه ترجع الى طلاق ثلاث وهو قول ابن عمر وابن عباس وعطاء والنخعى وشريح وأبى حنيفة وابى يوسف لأن وطء الزوج الثانى مثبت للحل ولأن وطء الثانى يهدم الطلقات الثلاث . ولنا ان وطء الثانى لا يحتاج اليه فى الاحلال للزوج الأول فلا يغير حكم الطلاق كوطء السيد ولانه تزويج قبل استيفاء الثلاث فاشبه ما لو رجعت اليه قبل وطء الثانى

من أصابها ردت اليه ولا يطأها حتى تنقضى عدتها وعنه انها زوجة الثانى[١] وان لم يكن له بينة برجعتها لم تقبل دعواه[٢] لكن إن صدقه الزوج الثانى بانت منه وإن صدقته المرأة لم يقبل تصديقها لكن متى بانت منه عادت إلى الاول بغير عقد جديد

فصل

وإذا ادعت المرأة انقضاء عدتها قبل قولها إذا كان ممكنا إلا أن تدعيه بالحيض فى شهر فلا يقبل إلا ببينة . وأقل ما يمكن به انقضاء العدة من الاقراء تسعة وعشرون يوما ولحظة إذا قلنا الاقراء الحيض[٣] وأقل الطهر ثلاثة عشر

---

(١) قوله « وان ارتجعها فى عدتها الخ » هذا المذهب قال الزركشى هذا المذهب بلا ريب واختاره المصنف والشارح وهو مذهب اكثر الفقهاء منهم الثورى والشافعى وابو عبيد واصحاب الرأى وروى ذلك عن على وعنه ان دخل بها الثانى فهى امرأته ويبطل نكاح الاول روى ذلك عن عمر بن الخطاب وهو قول مالك وروى معناه عن سعيد بن المسيب وعبد الرحمن بن القاسم ونافع لأن كل واحد منهما عقد عليها وهى ممن يجوز له العقد عليها فى الظاهر ومع الثانى مزية الدخول فقدم بها . ولنا ان الرجعة قد صحت وتزوجت وهى زوجة الأول فلم يصح نكاحها كما لم لو يطلقها . إذا ثبت هذا فان كان الثانى ما دخل بها فرق بينهما وردت الى الأول ولا شىء على الثانى وان كان دخل بها فلها عليه المهر لأنه وطء شبهة وتعتد ولا تحل للأول حتى تنقضى عدتها منه واما ان تزوجها مع علمها بالرجعة أو علم احدهما فالنكاح باطل بغير خلاف والوطء محرم وحكمه حكم الزانى فى الحد وغيره

(٢) قوله « وان لم يكن له بينة الخ » وهذا المذهب فى ذلك كله وعليه الأصحاب على قوله « ما يمكن به انقضاء العدة » أى عدة الحرة

(٣) قوله « تسعة وعشرون الخ » وذلك بأن يطلقها مع آخر الطهر ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوما ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوما ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر لحظة ليعرف بها انقطاع الحيض وان لم تكن هذه اللحظة من عدتها فلا بد منها لمعرفة انقطاع الحيض ومن اعتبر الغسل فلا بد من وقت يمكن الغسل فيه بعد الانقطاع

يوما وإن قلنا الطهر خمسة عشر فثلاثة وثلاثون يوما ولحظة(١) وإن قلنا القروء الاطهار فثمانية وعشرون يوما ولحظتان(٢) وإن قلنا أقل الطهر خمسة عشر يوما فاثنان وثلاثون يوما ولحظتان (٣) وإذا قالت انقضت عدتى فقال قد كنت راجعتك فأنكرته فالقول قولها(٤) وان سبق فقال ارتجعتك فقالت قد انقضت عدتى قبل رجعتك فالقول قوله(٥) وقال الخرقى القول قولها(٦) وان تداعيا معا قدم قولها، وقيل يقدم قول من تقع له القرعة

على قوله « وأقل ما يمكن به انقضاء العدة من الاقراء تسعة وعشرون يوما ولحظة » ه والأمة خمسة عشر ولحظة

(١) قوله « وان قلنا الطهر خمسة عشر الخ » أى لأن الطهرين يزيدان اربعة أيام

على قوله « فثلاثة وثلاثون يوما ولحظة » ه وللأمة سبعة عشر ولحظة

(٢) قوله « وان قلنا القروء الاطهار » وذلك ان يطلقها فى آخر لحظة من طهرها فتحسب به قرءاً ، ثم تحسب طهرين آخرين ستة وعشرين يوما وبينهما حيضتان فاذا طعنت فى الحيضة الثالثة لحظة انقضت عدتها

على قوله « فثمانية وعشرون يوما ولحظتان » ه وللأمة أربعة عشر ولحظتان

(٣) قوله « وان قلنا أقل الطهر خمسة عشر يوما الخ » أى فتزيد بأربعة أيام فى الطهرين

على قوله « فاثنان وثلاثون يوما ولحظتان » ه وللأمة ستة عشر ولحظتان

(٤) قوله « واذا قالت انقضت عدتى الخ » قال فى الانصاف بلا نزاع اعلمه لأن خبرها بانقضاء عدتها مقبول فصارت دعواه للرجعة بعد الحكم بانقضاء عدتها

(٥) قوله « وان سبق الخ » وهذا المذهب لأنه ادعى الرجعة قبل الحكم بانقضاء عدتها ولأنه يملك الرجعة وقد صحت فى الظاهر فلا يقبل قولها فى ابطالها

(٦) قوله « وقال الخرقى الخ » وجزم به الشيرازى وابن الجوزى قال فى الواضح فى الدعاوى نص عليه لأن الظاهر البينونة والاصل عدم الرجعة ولان من قبل قوله سابقا قبل مسبوقا كسائر الدعاوى

فصل

ولو طلقها ثلاثا لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره[1] ويطأها فى القبل[2]،

[فائدة] اذا اختلفا فى الاصابة فقال قد اصبتك فلى الرجعة فانكرته او قالت قد اصابنى فلى المهر قبل قول المنكر منهما لأن الاصل معه ولا يزول الا بيقين، وليس له رجعتها فى الموضعين لانه إن انكر الاصابة فهو مقر على نفسه ببينونتها وانه لا رجعة له عليها وان انكرتها هى فالقول قولها ولا تستحق الا نصف المهر وان انكرها فالقول قوله هذا اذا كان المهر غير مقبوض فان كان اختلافهما بعد قبض المهر وادعى اصابتها فأنكرته لم يرجع عليها بشىء لأنه يقر به لها ولا يدعيه وان كان هو المنكر رجع عليها بنصفه وبهذا قال الشافعى واصحاب الرأى . والخلوة كالاصابة فى اثبات الرجعة للزوج وهو قول الشافعى القديم وقال ابو بكر لا رجعة له عليها الا ان يصيبها وبه قال ابو حنيفة وصاحباه والشافعى فى الجديد لانها غير مصابة فلا يستحق رجعتها ووجه الاول أنها معتدة يلحقها طلاقه فملك رجعتها كالتى اصابها

(١) قوله « وان طلقها ثلاثا الخ » وذلك بالاجماع لقوله تعالى ﴿ فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ﴾ ولما روت عائشة ان امرأة رفاعة القرظى جاءت رسول الله ﷺ فقالت انها كانت عند رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير والله مامعه الا مثل هذه الهدبة واخذت بهدبة من جلبابها فتبسم رسول الله ﷺ ضاحكا وقال لعلك تريدين ان ترجعى الى رفاعة لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقى عسيلته متفق عليه وفى اجماع اهل العلم على هذا غنية عن الاطالة وجمهور العلماء على انها لاتحل للزوج الاول حتى يطأها الثانى وطئا يوجد فيه التقاء الختانين الا ان سعيد بن المسيب من بينهم قال اذا تزوجها تزويجا صحيحا لا يريد فيه احلالها فلا بأس ان يتزوجها الاول قال ابن المنذر لانعلم احدا قال بقول سعيد بن المسيب الا الخوارج اخذوا بظاهر قوله سبحانه ﴿ حتى تنكح زوجا غيره ﴾ ومع تصريح النبى ﷺ ببيان مراد الكتاب لا يعرج عليه شىء سواه

(٢) قوله « ويطأ فى القبل » أى لأنه عليه الصلاة والسلام علق الحل على ذواق العسيلة ولا يحصل الا بالوطء فى الفرج قال فى الانصاف مع الانتشار قاله الاصحاب لان الحكم يتعلق بذوق العسيلة ولا يحصل من غير انتشار

وأدنى ما يكفى من ذلك تغييب الحشفة فى الفرج(١) ، وان لم ينزل ، فان كان مجبوبا بقى من ذكره قدر الحشفة فأولجه(٢) أو وطئها زوج مراهق(٣) أوذمى وهى ذمية أحلها(٤) ، وان وطئها فى الدبر أو وطئت بشبهة أو بملك يمين لم تحل(٥) ، وإن وطئت فى نكاح فاسد لم تحل فى أصح الوجهين(٦)، وإن وطئها

---

(١) قوله « وادنى ما يكفى فى ذلك الخ » أى لأن احكام الوطء تتعلق به لكن بشرط الانتشار ولو كان خصيا او نائما او مغمى عليه وادخلت ذكره فى فرجها او مجنونا او ظنها اجنبية وهذا المذهب فى ذلك كله وليس الانزال شرطافيه لأنه عليه الصلاة والسلام جعل ذواق العسيلة غاية للحرمة وذلك حاصل بدون الانزال ، قال فى المبدع والذى يظهر ان هذا فى الثيب ، فاما البكر فادناه أن يفتضها بآلته

(٢) قوله « وان كان مجبوبا الخ » هذا بلا نزاع لان ذلك بمنزلة الحشفة من غيره وكذا لو بقى اكثر من قدر الحشفة فأولج قدرها على الصحيح من المذهب

(٣) قوله « أو وطئها زوج مراهق » احلها ، وهذا المذهب وعليه جماهير الاصحاب وهو قول عامة اهل العلم الا مالكا وابا عبيد فانهما قالا لايحلها ويروى ذلك عن الحسن لأنه وطء من غير بالغ فاشبه الصغير ، ولنا ظاهر النص وانه وطء من زوج فى نكاح صحيح اشبه البالغ بخلاف الصغير فانه لا يمكنه الوطء

(٤) قوله « او ذمى الخ » أى احلها لمطلقها المسلم نص عليه وقال هو زوج

(٥) قوله « وان وطئها فى الدبر الخ » أى لان الوطء فى الدبر لا يذوق به العسيلة والوطء بشبهة او بملك يمين وطء من غير زوج فلا يدخل فى عموم النص فتبقى على المنع

(٦) قوله « وان وطئت فى نكاح فاسد الخ » هذا المذهب نص عليه وبه قال الحسن والشعبى وحماد ومالك والثورى والاوزاعى واسحاق وابو عبيد واصحاب الرأى والشافعى فى الجديد وقال فى القديم يحلها ذلك وهو قول الحكم وخرجه ابو الخطاب وجها فى المذهب لانه زوج فتدخل فى عموم النص ولانه ﷺ لعن المحلل والمحلل له فسماه محللا مع فساد نكاحه وانا قوله تعالى ﴿ فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ﴾ واطلاق النكاح يقتضى الصحيح ولذلك لو حلف لايتزوج =

زوجها فى حيض أو إحرام أو نفاس أحلها[١] ، وقال أصحابنا لا يحلها ، وإن كانت أمة فاشتراها مطلقها لم تحل ، ويحتمل أن تحل[٢] وان طلق العبد امرأته طلقتين لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره سواء عتقا أو بقيا على الرق[٣] ،

= فتزوج تزويجا فاسداً لم يحنث ولو حلف ليتزوجن لم يبر بالتزويج الفاسد ولان اكثر احكام التزويج غير ثابتة فيه من الاحصان واللعان والظهار والايلاء والنفقة واشباه ذلك واما تسميته محللا فلقصده التحليل فيما لا يحل ولو احل حقيقة لما لعن ولا لعن المحلل له وانما هذا كقوله ﷺ « ما آمن بالقرآن من استحل محارمه » وقال تعالى ﴿ يحلونه عاما ويحرمونه عاما ﴾ ولأنه وطء فى غير نكاح صحيح اشبه وطء الشبهة وعلى هذا لو وطئها بشبهة لم تبح لآنه فى غير نكاح

(١) قوله « وان وطئها زوجها الخ » وكذا لو وطئها فى صوم واجب فالمذهب المنصوص انه لا يحلها وهو قول مالك لأنه وطء حرام لحق الله تعالى فلا يحصل به الاحلال ، قال المصنف والشارح ظاهر النص حلها وهو قوله حتى تنكح زوجاً غيره وهذه قد نكحت وايضا قوله عليه الصلاة والسلام حتى تذوقى عسيلته وقد وجد ولأنه وطء فى نكاح صحيح فى محل الوطء على سبيل التمام وهذا اصح وهو قول ابى حنيفة والشافعى ، ولو وطئها وهى محرمة الوطء لمرض او ضيق وقت صلاة او فى المسجد او لقبض مهر ونحوه احلها على المذهب لان الحرمة لا لمعنى فيها بل لحق الله تعالى ، وقال بعض إصحابنا لا نسلم لأن احمد علله بالتحريم فنطرده

(٢) قوله « وان كانت أمة الخ » هذا المذهب نص عليه وعليه الأصحاب وهو قول اكثر أهل العلم ، ويحتمل ان تحل وقال به بعض اصحاب الشافعى لأن الطلاق يختص الزوجية والأول أصح ورواه مالك والبيهقى عن زيد بن ثابت وقوله تعالى ﴿ حتى تنكح زوجا غيره ﴾ صريح فى تحريمها فلا يعول على ما خالفه

(٣) قوله « واذا طلق العبد الخ » هذا هو المذهب لأن الطلاق معتبر بالرجال وقد ذكرنا الخلاف فيما يختلف به عدد الطلاق وسواء عتقا أو لا لاستواء الحالين فى السبب المقتضى للتحريم قبل زوج آخر ، والمذهب انه اذا عتق بعد طلقة ملك تمام الثلاث وان كان بعد طلقتين فعلى روايتين لأنه روى انه ﷺ قضى به وقال فى رواية أبى طالب يتزوجها ولا يبالى فى العدة عتقا او بعد العدة وقال هو قول =

وإذا غاب عن مطلقته ثلاثا فذكرت أنها نكحت من أصابها أو انقضت عدتها وكان ذلك ممكنا فله نكاحها إذا غلب على ظنه صدقها والا فلا

كتاب الايلاء

وهو الحلف على ترك الوطء ويشترط له أربعة شروط : أحدها الحلف

= ابن عباس وجابر لان ابن عباس افتى به وقال قضى به النبي ﷺ رواه احمد وقال لا أرى شيئا يدفعه وابو داود والنسائى من رواية عمرو بن مغيث عن ابى حسن مولى بنى مرمل ولا يعرفان وقال النسائى فى عمرو ليس بقوى وقال ابن المبارك ومعمر لقد تحمل ابو حسن هذا صخرة عظيمة وقال احمد حديث عثمان وزيد فى تحريمها عليه جيد وعمرو بن مغيث لا اعرفه وابو حسن فهو عندى معروف وقال ابو بكر ان صح الحديث فالعمل عليه والا فالعمل على حديث عثمان وزيد وبه اقول

على قوله « واذا غاب عن مطلقته فأتته فذكرت انها نكحت من اصابها وانقضت عدتها وكان ذلك ممكنا فله نكاحها اذا غلب على ظنه صدقها » ⁂ بأن يمضى بعد طلاقها زمن يمكن فيه انقضاء عدتين بينهما نكاح ووطء ولم يرجع قبل العقد واخبرته بذلك وغلب على ظنه صدقها فله ان يتزوجها وهذا المذهب ولو كذبها الزوج الثانى فى الوطء فالقول قوله فى تنصيف المهر والقول قولها فى اباحتها للأول لأن قولها فى الوطء مقبول ، وكذا لو تزوجت حاضرا وفارقها وادعت اصابته وهو ينكرها حلت للأول على الصحيح من المذهب ومثل ذلك فى الحكم لو جاءت امرأة حاكما وادعت ان زوجها طلقها وانقضت عدتها كان له تزويجها ان ظن صدقها كمعاملة عبد لم يثبت عتقه قاله الشيخ تقى الدين قال ولو كان للمرأة زوج معروف فادعت انه طلقها لم تتزوج بمجرد ذلك باتفاق المسلمين

[فائدة] لو شهدا بأن فلانا طلق امرأته ثلاثا ووجد معها بعد وادعى العقد ثانيا بشروطه يقبل منه . وسئل عنها المؤلف فلم يجب . ولو وطىء من طلقها ثلاثا حد نص عليه فان جحد طلاقها ووطئها فشهد بطلاقه فلا ، لاننا لا نعلم معرفته به وقت وطئه الا باقراره به

على ترك الوطء فى القبل ، فان تركه بغير يمين لم يكن موليا[1]، لكن ان تركه مضرا بها من غير عذر فهل تضرب له مدة الايلاء ويحكم عليه بحكمه ؟ على روايتين[2]. وان حلف على ترك الوطء فى الدبر أو دون الفرج لم يكن موليا، وإن حلف أن لا يجامعها إلا جماع سوء يريد جماعا ضعيفا لا يزيد على التقاء الختانين لم يكن موليا ، وان أراد به الوطء فى الدبر أو دون الفرج صار موليا ، واذا حلف على ترك الوطء فى الفرج بلفظ لا يحتمل غيره كلفظه الصريح وقوله لا أدخلت ذكرى فى فرجك وفى البكر خاصة لا افتضضتك لم يدين فيه ، وان قال والله لا وطئتك اولا جامعتك أو لا باضعتك أو لا باشرتك أو لا باعلتك أو لا قربتك أو لا مسكتك أولا أتيتك أولا اغتسلت منك فهو صريح فى الحكم ويُدين فيما بينه وبين الله تعالى ، وسائر الالفاظ لا يكون موليا فيها الا بالنية

---

(١) قوله « فان تركه بغير يمين الخ » أى لأن الايلاء الحلف

(٢) قوله « لكن ان تركه الخ » إحداهما يحكم له بحكمه وتضرب له مدته قال فى الانصاف وهو الصواب واختاره القاضى فى خلافه وتبعه جماعة ومال اليه المصنف والشارح لأنه تارك لوطئها ضرارا بها اشبه المولى ولأن مالا يجب اذا لم يحلف لم يجب اذا حلف على تركه كالزيادة على الواجب والرواية الثانية لا تضرب له مدة الايلاء ولا يحكم له بحكمه وهو مذهب ابى حنيفة والشافعى لانه ليس بمول فلم تضرب له مدة الايلاء كما لو لم يقصد الاضرار

[تنبيه] ظاهر كلامه انه لو تركه من غير مضارة انه لا يحكم له بحكم الايلاء من غير خلاف وهو صحيح وهو المذهب وقال ابن عقيل فى عمد الأدلة والمفردات عندى ان قصد الاضرار خرج مخرج الغالب والا فمتى حصل اضرار بامتناعه من الوطء وان كان ذاهلا عن قصد الاضرار تضرب له المدة وذكر فى آخر كلامه انه ان حصل الضرر بترك الوطء لعجزه عنه كان حكمه حكم العنين قال ابن رجب فى كتاب تزويج امهات الأولاد يؤخذ من كلامه ان حصول الضرر بترك الوطء مقتض للفسخ بكل حال سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد وسواء كان مع عجزه أو قدرته وكذا ذكر الشيخ تقى الدين فى العاجز وألحقه بمن طرأ عليه جب او عنة

فصل

الشرط الثانى أن يحلف بالله أو بصفة من صفاته ، وان حلف بنذر أو عتق أو طلاق لم يصر موليا فى الظاهر عنه ، وعنه يكون موليا [1] وان قال

---

(١) قوله « وان حلف بنذر او عتق الخ » وهو المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب قال الزركشى هذا المشهور والمنصوص والمختار لعامة الأصحاب قال المصنف والشارح وهذه المشهورة وهو من مفردات المذهب وعنه يكون موليا وروى عن ابن عباس انه قال كل يمين منعت جماعها فهى إيلاء وبذلك قال الشعبي والنخعى ومالك واهل الحجاز والثورى وابو حنيفة وأهل العراق والشافعى وأبو ثور وأبو عبيد وغيرهم لأنها يمين منعت جماعها فكانت إيلاء كالحلف بالله ولأن تعليق الطلاق والعتاق على وطئها حلف ، ووجه الأولى ان الإيلاء المطلق انما هو القسم ولهذا قرأ أبى وابن عباس « يقسمون » بدل « يولون » وروى عن ابن عباس فى تفسير يولون قال يحلفون بالله ذكره الامام احمد ، والتعليق بشرط ليس بقسم ولهذا لا يؤتى فيه بحرف القسم ولا يجاب بجوابه ولا ذكره أهل العربية فى باب القسم فلا يكون إيلاء وانما يسمى حلفا تجوزا لمشاركته القسم فى المعنى المشهور فيه وهو الحث على الفعل أو المنع منه أو توكيد الخبر والكلام عند اطلاقه لحقيقته ويدل على هذا قوله ﴿فان فاءوا فان الله غفور رحيم﴾ وانما يدخل الغفران فى اليمين بالله تعالى وأيضا قوله ﷺ « ان الله نهاكم أن تحلفوا بآبائكم » متفق عليه ، فعلى القول بصحة الايلاء بالطلاق لو علق طلاقها ثلاثا بوطئها يؤمر بالطلاق ويحرم الوطء على الصحيح من المذهب وعنه لا يحرم ومتى أولج أو تمم أو لبث لحقه نسبه ، وفى المهر وجهان وأطلقهما فى الفروع قال فى المنتخب لا مهر ولا نسب ، وجزم فى الرعاية الصغرى والحاوى انه لا يجب المهر ولا يجب عليه الحد على الصحيح من المذهب وقيل يجب جزم به فى الترغيب وفيه ويعزر جاهل انتهى وان نزع فلا حد ولا مهر وان نزع ثم أولج فان جهلا التحريم فالمهر والنسب ولا حد والعكس بعكسه وان علم لزمه المهر والحد ولا نسب وان علمته فالحد والنسب ولا مهر وكذا ان تزوجت فى عدتها

إن وطئتك فأنت زانية أو فلله على صوم هذا الشهر لم يكن موليا (١)

فصل

الثالث أن يحلف على أكثر من أربعة أشهر أو يعلقه على شرط يغلب على الظن أنه لا يوجد فى أقل منها مثل أن يقول والله لا وطئتك حتى ينزل عيسى عليه السلام أو يخرج الدجال أو ما عشت أو حتى تحبلى لانها لا تحبل إذا لم يطأها وقال القاضى اذا قال حتى تحبلى وهى ممن يحبل مثلها لم يكن موليا ، وان قال والله لا وطئتك مدة أو ليطولن تركى لجماعك لم يكن موليا حتى ينوى أربعة أشهر ، وان حلف على ترك الوطء حتى يقدم زيد ونحوه مما لا يغلب على الظن عدمه فى أربعة أشهر ، أو لا وطئتك فى هذه البلدة لم يكن موليا(٢) وان قال ان وطئتك فوالله لاوطئتك أو إن دخلت الدار فوالله لا وطئتك لم يصر موليا حتى يوجد الشرط ، ويحتمل ان يصير موليا فى الحال . وإن قال والله لا وطئتك فى السنة إلا مرة لم يصر موليا حتى يطأها وقد بقى

---

(١) قوله « وان قال ان وطئتك الخ » لا يختلف المذهب فيه أما أولا فلأنه لا يصح تعليق القذف بشرط فلا يلزمه بالوطء حق فلا يكون موليا ، وأما ثانيا فلأنه إذا قال اذا وطئتك فلله على صوم أمس أو صوم هذا الشهر لم يصح لأنه يصير عند وجوب الفيئة ماضيا ولا يصح نذر الماضى فلو قال ان وطئتك فلله على صوم الشهر الذى أطأك فيه فكذلك فاذا وطىء صام بقيته وفى قضاء يوم وطىء وجهان ومثله والله لا وطئتك فى هذا البلد أو مخطوبة نص عليه أو حتى تصومى نفلا أو باذن زيد فيموت

(٢) قوله « حتى يقدم زيد ونحوه الخ » أى لأنه لا يعلم حلفه على أكثر من اربعة أشهر ولأنه يمكنه وطئها فى غير البلدة المحلوف عليها وقال ابن ابى ليلى واسحاق هو مول لأنه حالف على ترك وطئها

[فائدة] اذا علقه على فعل مباح لاسفه فيه كقوله والله لا أطأك حتى تدخلى الدار ونحوه لم يكن موليا بخلاف ما لو علقه على محرم كقوله والله لا أطأك حتى تشربى الخمر أو أقتل زيدا لأنه علقه على فعل ممتنع شرعا

منها أكثر من اربعة أشهر(١)، وان قال إلا يوما فكذلك فى أحدالوجهين(٢)، وفى الآخر يصير موليا فى الحال(٣). وان قال والله لاوطئتك أربعة أشهر فاذا مضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر لم يصر موليا، ويحتمل أن يصير موليا(٤). وإن قال والله لا وطئتك إن شئت فشاءت صار موليا والا فلا(٥). وان قال إلا أن تشائى أو إلا باختيارك أو الا أن تختارى لم يصر موليا(٦)، وقال أبو

---

(١) قوله « وان قال والله لاوطئتك فى السنة إلا مرة الخ » هذا بلا نزاع وهذا قول أبى ثور وأصحاب الرأى وظاهر مذهب الشافعى وقال فى القديم يكون موليا فى الحال لأنه لا يمكنه الوطء إلا بأن يصير موليا فيلحقه بالوطء ضرر، ولنا أن يمينه معلقة بالاصابة فقبلها لا يكون حالفا لانه لا يلزمه بالوطء شيء

(٢) قوله « وان قال والله لاوطئتك فىالسنة إلا يوما الخ » يعنى انه لا يصير موليا حتى يطأها وقد بقى من السنة أكثر من اربعة اشهر وهـذا المذهب وهو مذهب أبى حنيفة لان اليوم منكر فلم يختص يوما دون يوم

(٣) قوله « وفى الآخر الخ » وهذا قول القاضى واصحابه لأن اليوم المستثنى يكون فى آخر المدة كالتأجيل ومدة الخيار ، بخلاف المسئلة الاولى فان المرة لا تختص وقتا بعينه

(٤) قوله « وان قال والله لا وطئتك أربعة أشهر الخ » الأول المذهب لان كل واحد من الزمانين لا تزيد مدته على اربعة اشهر والاحتمال نصره الشارح لأنه ممتنع بيمينه من وطئها مدة متوالية أكثر من اربعة اشهر وأطلق الخلاف فى الفروع وكذا الحكم فى كل مدتين متواليتين يزيد مجموعهما على اربعة اشهر كثلاثة اشهر وشهرين

(٥) قوله « وان قال والله لاوطئتك ان شئت الخ » وسواء شاءت فى المجلس او غيره وهو المذهب وبه قال الشافعى وابو ثور واصحاب الرأى ، لأنه لا يصير ممتنعا من الوطء حتى تشاء ، إلا أن اصحاب الشافعى قالوا إن شاءت جوابا لكلامه صار موليا وان أخرت المشيئة انحلت يمينه لأن ذلك تخيير لها فكان على الفور

(٦) قوله « وان قال الا ان تشائى الخ » وهو المذهب لأنه منع نفسه من وطئها بيمينه الا عند ارادتها اشبه ما لو قال إلا برضاك أو حتى تشائى

الخطاب ان لم تشأ فى المجلس صار موليا . وان قال لنسائه لا وطئت واحدة منكن صار موليا منهن[١]، إلا أن يريد واحدة بعينها فيكون موليامنهاوحدها[٢]. وإن أراد واحدة مبهمة فقال أبو بكر تخرج بالقرعة[٣]. وإن قال والله لا وطئت كل واحدة منكن كان موليا من جميعهن وتنحل يمينه بوطء واحدة، وقال القاضى لا تنحل فى البواقى . وان قال لا أطأ كن فهى كالتى قبلها فى أحد الوجهين ، وفى الآخر لا يصير موليا حتى يطأ ثلاثا فيصير موليا من الرابعة، فعلى هذا لو طلق واحدة منهن أو ماتت انحلت يمينه ههنا ، وفى التى قبلها لا تنحل فى البواقى . وان آلى من واحدة وقال للأخرى اشتركت معها لم يصر موليا من الثانية[٤] ، وقال القاضى يصير موليا منها[٥]

[فائدة] اذا حلف لا يطأها حتى تفطم ولدها أو ترضعه كان موليا اذا كان بينه وبين مدة الفطام والرضاعة أكثر من أربعة أشهر فان مات الولد قبل مضى اربعة أشهر سقط الإيلاء

(١) قوله « وان قال لنسائه الخ » يعنى يصير موليا منهن اذا أطلق فيحنث بوطء واحدة وتنحل يمينه وهذا المذهب لان النكرة فى سياق النفى تعم ولا يمكنه وطء واحدة الا بالحنث فان طلق واحدة منهن أو ماتت كان موليا من البواقى فان وطىء واحدة منهن حنث وانحلت يمينه وسقط حكم الايلاء فى الباقيات لأنها يمين واحدة فاذا حنث فيها مرة لم يحنث مرة ثانية

(٢) قوله « الا أن يريد الخ » هذا بلا نزاع لأن اللفظ يحتمله وهو أعلم بنيته

(٣) قوله « وان أراد واحدة مبهمة الخ » المذهب ما قاله أبو بكر كما إذا طلق واحدة من نسائه لا بعينها وقيل يرجع الى تعيينه وهو مذهب الشافعى

(٤) قوله « وان آلى من واحدة الخ » الأول المذهب لأن اليمين بالله لا تصح بلفظ صريح من اسم أو صفة والتشريك بينهما كناية فلم تصح به اليمين

(٥) قوله « وقال القاضى الخ » أى كالطلاق لكن الفرق بينهما ان الطلاق ينعقد بالكناية ولا كذلك اليمين فلو آلى رجل من زوجته فقال آخر لامرأته انت مثل فلانة لم يكن موليا وعلم مما سبق انه لا يصح الا فى زوجة فلو حلف على ترك وطء أمة لم يكن موليا وكذا لو حلف على ترك وطء أجنبية ثم نكحها نص عليه

فصل

الشرط الرابع أن يكون من زوج يمكنه الجماع (١) وتلزمه الكفارة بالحنث(٢) مسلما كان أو كافرا حرا أو عبدا سليما أو خصيا أو مريضا يرجى برؤه (٣) فاما العاجز عن الوطء بجب أو شلل فلا يصح ايلاؤه ويحتمل أن يصح وفيئته ان يقول : لو قدرت لجامعتك . ولا يصح إيلاء الصبي والمجنون ، وفي ايلاء السكران وجهان ، ومدة الايلاء في الأحرار والرقيق سواء . وعنه أنها في العبد على النصف ، ولا حق لسيد الامة في طلب الفيئة والعفو عنها وإنما ذلك اليها.

فصل

وإذا صح الايلاء ضربت له مدة أربعة أشهر ، فان كان بالرجل عذر يمنع الوطء احتسب عليه بمدته ، وإن كان بها لم تحتسب عليه ، وان طرأ بها استؤنفت المدة عند زواله إلا الحيض فانه يحتسب عليه بمدته وفي النفاس وجهان ، وإن طلق في أثناء المدة انقطعت ، فان راجعها أو نكحها إذا كانت

= ونصره في الشرح لان الايلاء حكم من أحكام النكاح فلم يتقدمه كالطلاق وقال الشريف أبو جعفر قال احمد يصح الظهار قبل النكاح فكذا الإيلاء

(١) قوله « الرابع ان يكون من زوج الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب للآية بشرط أن يكون مكلفا ولأن غير الزوج موطوءته امته والأمة لا حق لها في الوطء كالأجنبية والذمي كالمسلم اذا ترافعوا الينا في قول اكثرهم ولانه اذا لم يمكنه الجماع كالمجبوب فيمينه يمين على مستحيل فلم تنعقد

(٢) قوله « وتلزمه الخ » أي لأنه إذا كان صبيا أو مجنونا فلا يعتبر قوله ولا يمينه ضرورة عدم الأهلية

(٣) قوله « مسلما الخ » هذا بلا نزاع وكذا لو كان مجبوبا بقي من ذكره ما يمكن الجماع به وكذا ان كان لعارض مرجو الزوال كحبس ونحوه لأنه قادر على الوطء فصح منه الامتناع

بائنا استؤنفت المدة ، وان انقضت المدة وبها عذر يمنع الوطء لم تملك طلب الفيئة ، وإن كان العذر به وهو مما يعجز به عن الوطء أمر أن يفيء بلسانه فيقول متى قدرت جامعتك ، ثم متى قدر على الوطء لزمه ذلك أو يطلق ، وقال أبو بكر لا يلزمه ، وإن كان مظاهراً فقال أمهلونى حتى أطلب رقبة أعتقها عن ظهارى أمهل ثلاثة أيام ، وإن قال أمهلونى حتى أقضى صلاتى أو أتغدى او حتى ينهضم الطعام أو انام فانى ناعس أمهل بقدر ذلك فاذا لم يبق له عذر وطلب الفيئة وهى الجماع فجامع انحلت يمينه وعليه كفارتها ، وأدنى ما يكفيه تغييب الحشفة فى الفرج . وان وطئها دون الفرج أو فى الدبر لم يخرج من الفيئة ، وإن وطئها فى الفرج وطأ محرما مثل ان يطأ حال الحيض او النفاس أو الاحرام او صيام فرض من احدهما فقد فاء اليها لأن يمينه انحلت به ، وقال ابو بكر الاصح انه لا يخرج من الفيئة ، وان لم يفيء وأعفته المرأة سقط حقها ، ويحتمل ان لا يسقط ولها المطالبة بعد ، وان لم تعفه امر بالطلاق فان طلق واحدة فله رجعتها ، وعنه انها تكون بائنة ، وان لم يطلق حبس وضيق عليه حتى يطلق فى إحدى الروايتين ، والاخرى يطلق الحاكم عليه ، فان طلق واحدة فهو كطلاق المولى وان طلق ثلاثا او فسخ صح ذلك ، وان ادعى ان المدة ما انقضت او انه وطئها وكانت ثيبا فالقول قوله ، وان كانت بكرا وادعت انها عذراء فشهدت بذلك امرأة عدل فالقول قولها والا فالقول قوله ، وهل يحلف من القول قوله ؟ على وجهين

كتاب الظهار

وهو محرم[1] ، وهو أن يشبه امرأته أو عضوا منها بظهر من تحرم عليه على التأبيد أو بها أو بعضو منها فيقول انت علىّ كظهر أمى أو كيد أختى أو كوجه حماتى أو ظهرك أو يدك على كظهر أمى أو كيد أختى أو خالتى من

---

(١) قوله « وهو محرم » وذلك بالاجماع لقوله تعالى ﴿ وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا ﴾ والزور من أكبر الكبائر

نسب أو رضاع[١]، وان قال انت على كأمي كان مظاهرا[٢]، وان قال أردت كأمي فى الكرامة او نحوه دين وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على روايتين[٣] وان قال أنت كأمي او مثل أمي فذكر ابو الخطاب فيها روايتين ، والاولى أن هذا ليس بظهار إلاأن ينويه او يقرن به ما يدل على ارادته[٤]. وان قال انت على كظهر أبي او كظهر أجنبية او أخت زوجتي او عمتها او خالتها فعلى

---

(١) قوله « وهو ان يشبه امرأته الخ » أما اذا شبهها بظهر أمه فهو مظاهر اجماعا ، وان شبهها بظهر من تحرم عليـــه من ذوى الأرحام كجدته وخالته وعمته وأخته فهذا ظهار فى قول عامة أهل العلم الا فى القول القديم للشـافعي فانه قال لا يكون الظهار الا بأم أو جدة والصحيح من المذهب ان تشبيه عضو من امرأته كتشبيهها كلها وعليه الأصحاب فلو قال فرجك أو ظهرك أو رأسك أوجلدك كظهر أمي او بدنها او رأسها او يدها كان مظاهرا وبهذا قال مالك وهو نص الشافعي ، وعنه ليس بمظاهر حتى يشبه جملة امرأته لأنه لو حلف بالله لا يمس عضواً منهـا لا يسرى الى غيره فـكذلك المظاهرة ولان هذا ليس بمنصوص عليه ولا هو فى معنى المنصوص ، وقال ابو حنيفه ان شبهها بما يحرم النظر اليه من الأم كالفرج والفخذ ونحوهما فهو مظاهر وان لم يحرم النظر اليه كالرأس والوجه لم يكن مظاهراً فاما ان قال كشعر أمي أو سنها او ظفرها او شبه شيئا من ذلك من امرأته بأمه أو بعضو من أعضائها لم يكن مظاهراً لأنها ليست من أعضاء الأم الثابتة

(٢) قوله « وان قال أنت على كأمي الخ » وكذا قوله انت عندى أو منى او معى كأمي أو مثل امى كان مظاهراً ان نوى به الظهار لأنه شبه امرأته بأمه ، وان اطلق فالصحيح من المذهب انه صريح فى الظهار أيضا نص عليه وعنه ليس بظهار اختاره ابن أبي موسى فى الارشاد . وقال المصنف والذى يصح عندى فى قياس المذهب ان وجدت نية او قرينة تدل على الظهار فهو ظهار والا فلا

(٣) قوله « وهل يقبل فى الحـكم الخ » وهما روايتان إحداهما يقبل فى الحـكم وهو الصحيح من المذهب

(٤) قوله « وان قال انت كأمي الخ » ما قاله المصنف هو المذهب لأن اللفظ ظاهر فى الكرامة فتعين حمله عليه عند الاطلاق الا ان ينويه

روايتين[١]. وان قال انت على كظهر البهيمة لم يكن مظاهرا[٢] وان قال أنت على حرام فهو مظاهر إلا ان ينوى طلاقا او يمينا ، فهل يكون ظهارا او ما نواه؟ على روايتين[٣]

---

(١) قوله « وان قال أنت على كظهر أبى الخ » اذا قال كظهر أبى فهو ظهار على المذهب لأنه شبهها بظهر من يحرم عليه على التأبيد وكذا ان شبهها بظهر غيره من الرجال او قال أنت على كظهر البهيمة او كالميتة والدم ، والثانية ليس بظهار وهو قول اكثر العلماء لانه تشبيه بما ليس بمحل للاستمتاع اشبه ما لو قال انت على كمال زيد فعلى هذا عليه كفارة يمين لانه نوع تحريم اشبه ما لو حرم ماله ، وعنه لاشىء عليه

(٢) قوله « وان قال انت على كظهر البهيمة الخ » وهذا الصحيح من المذهب لانه ليس بمحل للاستمتاع وفيه وجه كما لو شبهها بظهر ابيه

(٣) قوله « وان قال انت على حرام الخ » اذا قال ذلك واطلق فالصحيح من المذهب انه ظهار كما جزم به المصنف هنا وحكاه ابراهيم الحربى عن عثمان وابن عباس وابى قلابة وسعيد بن جبير وميمون بن مهران والبتى وعنــــه يمين . وروى عن ابن عباس انه قال ان التحريم يمين فى كتاب الله عز وجل قال الله تعالى ﴿ يا أيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك ﴾ ثم قال ﴿ قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم ﴾ واما اذا نوى بذلك يمينا او طلاقا فعنه يكون ظهارا أيضا وهو الصحيح من المذهب نقله الجماعة وأكثر الفقهاء على ان التحريم اذا لم ينو به الظهار فليس بظهار وهو قول مالك وأبى حنيفة والشافعى للآية المذكورة ولأن التحريم يتنوع منه ما هو بظهار وبطلاق وبحيض واحرام وصيام فلا يكون التحريم صريحا فى واحد منها ولا ينصرف اليه بغير نية ، ووجه الأولى انه تحريم أوقعه فى امرأته فكان باطلاقه ظهاراً كتشبيهها بظهر أمه ، وعنه يقع مانواه جزم به فى المنور واختاره ابن عبدوس وقدمه فى المحرر والنظم والحاوى الصغير وتقدم فى باب صريح الطلاق وكنايته مستوفى

[فائدة] لو قال انت حرام ان شاء الله فلا ظهار على الصحيح من المذهب نص عليه

فصل

ويصح من كل زوج يصح طلاقه[١] مسلما كان او ذميا[٢] والاقوى عندى انه لا يصح من الصبي ظهار ولا إيلاء لأنه يمين مكفرة فلم ينعقد فى حقه[٣]، ويصح من كل زوجة فان ظاهر من امته او ام ولده لم يصح وعليه كفارة يمين[٤]، ويحتمل ان يلزمه كفارة ظهار. وان قالت المرأة لزوجها أنت على كظهر

---

(١) قوله «ويصح من كل زوج الخ» هذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب فيصح ظهار الصبى حيث صححنا طلاقه وهو من مفردات المذهب لانه قول يختص النكاح اشبه الطلاق

(٢) قوله «مسلما كان أو ذمياً» الصحيح من المذهب صحة ظهار الذمى كالمسلم لانه يجب عليه الكفارة إذا حنث فوجب صحة ظهاره وبه قال الشافعى وقال مالك وأبو حنيفة لا يصح منه لأن الكفارة لاتصح منه وهى الرافعة للتحريم فعلى المذهب يكفر بالمال لا غير

(٣) قوله «والاقوى عندى الخ» أى لم ينعقد فى حقه كاليمين بالله تعالى ولأن الكفارة وجبت لما فيه من قول الزور والمنكر وذلك مرفوع عن الصبى لأن القلم مرفوع عنه

(تنبيه) شمل قوله «من كل زوج الخ» العبد وهو صحيح وهو المذهب ويأتى حكم تكفيره فى آخر كتاب الايمان

على قوله «ويصح من كل زوجة» كبيرة أو صغيرة مسلمة أو ذمية ممكن وطئها أو غير ممكن وبه قال مالك والشافعى

(٤) قوله «فان ظاهر من أمته الخ» هذا المذهب نقله الجماعة وروى عن ابن عمر وابن عمرو وسعيد بن المسيب ومجاهد والشعبى وربيعة والشافعى وأبى حنيفة واصحابه وروى عن الحسن وعكرمة وسليمان بن يسار والزهرى وقتادة والحكم والثورى ومالك فى الظهار من الأمة كفارة تامة وهو رواية عن أحمد لأنها مباحة له فصح الظهار منها كالزوجة ولنا قوله تعالى ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ﴾ فخصهن به

أبي لم تكن مظاهرة[1] وعليها كفارة ظهار[2] وعليها التمكين قبل التكفير[3] وعنه كفارة يمين وهو قياس المذهب ، وعنه لا شيء عليها ، وان قال لاجنبية انت على كظهر أمي لم يطأها ان تزوجها حتى يكفر[4] ، وان قال انت على حرام

---

(١) قوله « وان قالت المرأة الخ » وكذا لو قالت ان تزوجت فلانا فهو على كظهر أبي وهذا المذهب بلا ريب وهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال الزهري والأوزاعي هو ظهار وروى عن الحسن وهو رواية ولعلهم يحتجون بأنها أحد الزوجين فصح منها كالرجل ولنا قوله والذين يظاهرون من نسائهم فخصهم بذلك

(٢) قوله « وعليها كفارة ظهار » هذا المذهب وهو من مفرداته لأن عائشة بنت طلحة قالت : ان تزوجت مصعب بن الزبير فهو على كظهر أبي ، فاستفتت اصحاب النبي ﷺ فأمروها أن تعتق رقبة وتتزوجه رواه سعيد والأثرم والدارقطني ولأنها زوج أتى بالمنكر من القول والزور كالآخر وعنه عليها كفارة يمين قال المصنف والشارح هذا اقيس على مذهب احمد واشبه بأصوله لانه ليس بظهار ومجرد المنكر من القول والزور لا يوجب كفارة الظهار بدليل سائر الكذب وما روى عن عائشة فيجوز أن يكون اعتاقها تكفيراً ليمينها فان عتق الرقبة احد خصال كفارة اليمين ويتعين حمله على هذا لكون الموجود منها ليس بظهار وكلام أحمد فى رواية الاثرم لا يقتضى وجوب كفارة الظهار انما قال الأحوط أن تكفر وكذا قال ابن المنذر ، وعنه لا شيء عليها وهو قول مالك والشافعي واسحاق وأبي ثور لأنه قول منكر وزور وليس بظهار فلم يوجب كفارة كالسب والقذف

(٣) قوله « وعليها التمكين الخ » وهذا المذهب نص عليه لأن ذلك حق عليها فلا يسقط بيمينها كاليمين بالله تعالى

[فائدة] يجب عليها كفارة الظهار قبل التمكين على الصحيح من المذهب ، وقيل بعده

(٤) قوله « وان قال لأجنبية الخ » يصح الظهار من الأجنبية ولا يطأها إذا تزوجها حتى يكفر على الصحيح من المذهب نص عليه قال الزركشي هذا منصوص احمد وسواء قال ذلك لامرأة بعينها أو قال كل النساء على كظهر أمي وسواء اوقعه

يريد فى كل حال فكذلك ، وإن أراد فى تلك الحال فلا شىء عليه لانه صادق ، ويصح الظهار معجلا ومعلقا بشرط ومطلقا وموقتا نحو انت على كظهر امى شهر رمضان أو إن دخلت الدار فمتى انقضى الوقت زال الظهار ، وإن أصابها فيه وجبت الكفارة عليه

فصل فى حكم الظهار

يحرم وطء المظاهر منها قبل التكفير[1]، وهل يحرم الاستمتاع منها بما

= مطلقا أو علقه على التزويج روى نحو ذلك عن عمر بن الخطاب وبه قال سعيد بن المسيب وعروة وعطاء والحسن ومالك واسحاق ويحتمل ان لا يثبت حكم الظهار قبل التزويج وهو قول الثورى وأبى حنيفة والشافعى وروى ذلك عن ابن عباس لقوله تعالى ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ﴾ والأجنبية ليست من نسائه ولأن الظهار يمين ورد الشرع بحكمها مقيدا بنسائه فلم يثبت حكمها فى الأجنبية ولنا ما روى الامام أحمد باسناده عن عمر بن الخطاب انه قال فى رجل قال ان تزوجت فلانة فهى على كظهر أمى فتزوجها قال عليه كفارة الظهار

[فائدتان] لو قال انت على كظهر امى ان شاء الله فالصحيح من المذهب انه ليس بظهار نص عليه وعليه اكثر الأصحاب وقيل هو ظهار اختاره ابن عقيل

(الثانية) لو ظاهر من إحدى زوجتيه ثم قال للأخرى اشركتك معها أو انت مثلها فهو صريح فى حق الثانية أيضا على الصحيح من المذهب نص عليه

على قوله « لأنه صادق » * وكذا ان اطلق وهذا المذهب

(١) قوله « ويحرم وطء المظاهر منها الخ » ان كان التكفير بالعتق والصيام حرم الوطء إجماعا للآية ، وان كان بالاطعام حرم ايضا على الصحيح من المذهب وهو قول اكثر أهل العلم منهم عطاء والزهرى والشافعى وأصحاب الرأى وعن احمد لا يحرم الوطء اذا كان التكفير بالاطعام اختاره ابو بكر وأبو اسحاق لأن الله تعالى لم يمنع المسيس قبله كما فى العتق والصيام وهو قول أبى ثور ولنا ما روى عكرمة عن ابن عباس أن رجلا أتى النبى ﷺ فقال انى ظاهرت من امرأتى فوقعت عليها قبل ان اكفر فقال ما حملك على ذلك يرحمك الله فقال رأيت خلخالها فى ضوء القمر فقال لا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله به رواه ابو داود والترمذى وحسنه والنسائى وقال المرسل أولى بالصواب

دون الفرج ؟ يخرج على روايتين [١]. وعنه لا يحرم وطؤها إذا كان التكفير بالاطعام اختاره أبو بكر وتجب الكفارة بالعود وهو الوطء نص عليه أحمد [٢] وأنكر قول مالك أنه العزم على الوطء وقال القاضى وأبو الخطاب هو العزم ، ولو مات أحدهما أو طلقها قبل الوطء فلا كفارة عليه [٣]، فان عاد فتزوجها لم يطأها حتى يكفر [٤]، وإن وطيء قبل التكفير أثم واستقرت عليه

---

(١) قوله « وهل يحرم الخ » احداهما يحرم وهو المذهب وبه قال الزهرى والأوزاعى ومالك وأبو عبيد وأصحاب الرأى لأن ما حرم الوطء من القول حرم دواعيه كالطلاق والاحرام والثانية يجوز وهو قول الثورى واسحاق وابى حنيفة وحكى عن مالك

(٢) قوله « وتجب الكفارة الخ » العود هو الوطء عند احمد وهو المذهب فتى وطيء لزمته الكفارة ولا تجب قبل ذلك الا انها شرط لحل الوطء فيؤمر بها من اراده ليستحله وحكى نحو ذلك عن الحسن والزهرى وهو قول أبى حنيفة الا انه لا يوجب الكفارة على من وطيء وهى عنده فى حق من وطيء كمن لم يطأ وقال الشافعى العود إمساكها بعد ظهارة زمنا يمكن طلاقها فيه لأن ظهاره منها يقتضى ابانتها فامساكها عود فيما قال . وقال داود العود تكرار الظهار مرة ثانية . وما قاله القاضى رواية عن أحمد قال القاضى نص عليه فى رواية جماعة منهم الأثرم واختاره ابن عبدوس وصاحب البلغة الا ان القاضى وأصحابه لم يوجبوا الكفارة على العازم على الوطء اذا مات أحدهما او طلق قبل الوطء الا أبا الخطاب فانه اوجبها اذا مات أو طلق بعد العزم على الوطء وهذا قول مالك وابى عبيد وقد أنكر احمد هذا

(٣) قوله « فان مات أحدهما الخ » هذا مبنى على المذهب وهو ان العود الوطء وأما ان قلنا العود هو العزم على الوطء لو عزم ثم مات أو طلقها قبل الوطء وجبت الكفارة وقد ذكرنا الخلاف فى ذلك وأيهما مات ورثه صاحبه فى قول الجمهور وقال قتادة ان ماتت لم يرثها حتى يكفر

(٤) قوله « فان عاد فتزوجها الخ » أى سواء كان الطلاق ثلاثا أو لا ، وسواء رجعت اليه بعد زوج آخر أو لا نص عليه وهو قول الحسن وعطاء والزهرى والنخعى ومالك وأبى عبيد وقال قتادة إذا بانت سقط الظهار فاذا عاد فنكحها

الكفارة[١] ويجزئه كفارة واحدة[٢]. وإن ظاهر من امرأته الأمة ثم اشتراها لم تحل له حتى يكفر ، وقال أبو بكر يبطل الظهار وتحل له ، فإن وطئها فعليه كفارة يمين ، وإن كرر الظهار قبل التكفير فكفارة واحدة[٣] ، وعنه ان كرره فى مجالس فكفارات ، وإن ظاهر من نسائه بكلمة واحدة فكفارة واحدة ، وإن كان بكلمات فلكل واحدة كفارة[٤]

= فلا كفارة عليه وللشافعى قولان كالمذهبين ولنا عموم الآية وهذا قد ظاهر من امرأته فلا يحل له مسها قبل التكفير

(١) قوله « وان وطىء قبل الخ » اعلم ان الوطء قبل التكفير محرم عليه ، ولا تسقط الكفارة بعد وطئه بموت ولا طلاق ولا غير ذلك وتحريمها عليه باق حتى يكفر ولو كان مجنوناً نص عليه وقال فى الفروع ونصه يلزم مجنوناً بوطئه قال فى الفروع وظاهر كلام جماعة لا يلزم المجنون كفارة بوطئه قال وهو أظهر

(٢) قوله « وتجزئه كفارة واحدة » وهذا قول الحسن وابن سيرين وبكر المزنى ومؤرق العجلى وعطاء وطاوس ومجاهد وعكرمة وقتادة لحديث سلمة ابن صخر

على قوله « وان ظاهر من امراته الأمة ثم اشتراها لم تحل له حتى يكفر » ٭ وهو المذهب وبه يقول مالك وابو ثور وأصحاب الرأى ونص عليه الشافعى

(٣) قوله « وان كرر الظهار الخ » الأول المذهب نقله الجماعة عن أحمد وسواء كان فى مجلس أو مجالس ينوى به التأكيد او الاستئناف او أطلق ، وبه قال مالك واسحاق وأبو عبيد والشافعى فى القديم لأنه قول لم يؤثر تحريم الزوجة فلم يجب به كفارة ظهار كاليمين بالله تعالى فلو كفر عن الأول لزمته للثانى كفارة بغير خلاف

على قوله « وان كرر الظهار قبل التكفير فكفارة واحدة » ٭ وقال الثورى والشافعى فى الجديد ان نوى الاستئناف فكفارتان

على قوله « وان كرره فى مجالس فكفارات » ٭ روى ذلك عن على وعمرو بن دينار وبه يقول أصحاب الرأى

(٤) قوله « فلكل واحدة كفارة » هذا المذهب قال فى الفروع وغيره قال ابن حامد اذا ظاهر بكلمات فلكل واحدة كفارة رواية واحدة قال المصنف =

فصل فى كفارة الظهار وما فى معناها

كفارة الظهار على الترتيب ، فيجب عليه تحرير رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا [(١)] ، وكفارة الوطء فى رمضان مثلها فى ظاهر المذهب[(٢)] ، وكفارة القتل مثلهما [(٣)] إلا فى الاطعام ففى وجوبه روايتان ، والاعتبار فى الكفارات بحال الوجوب[(٤)] فى إحدى

= والشارح اذا ظاهر بكلمة واحدة فكفارة واحدة بغير خلاف فى المذهب وهو قول عمر وعلى وعروة وطاوس وعطاء وربيعة ومالك والاوزاعى واسحاق وأبى ثور والشافعى فى القديم

(١) قوله « كفارة الظهار على الترتيب الخ » وذلك لقوله تعالى ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ﴾ الآية ولقوله ﷺ لخولة حين ظاهر منها زوجها يعتق رقبة قلت لا يجد قال فيصوم شهرين متتابعين قلت يا رسول الله انه شيخ كبير ما به صيام قال فليطعم ستين مسكيناً . وهذا الترتيب لا خلاف فيه اذا كان المظاهر حراً فأما العبد فيأتى حكمه . وعدم استطاعة الصوم اما لكبر أو مرض غير مرجو زواله أو يخاف زيادته أو بطئه او تطاوله او لشبق واختار فى الترغيب او اضعفه عن معيشة تلزمه وهو خلاف ما نقله ابو داود وغيره وفى الروضة لضعف عنه أو لكثرة شغل او شدة حر

(٢) قوله « وكفارة الوطء فى نهار رمضان مثلها » وتقدم ذلك مستوفى فى آخر ما يفسد الصيام

(٣) قوله « وكفارة القتل مثلهما » يعنى انها على الترتيب فى العتق والصيام الا فى الاطعام ففى وجوبه روايتان احداهما لا يجب الاطعام فى كفارة القتل وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب وقدمه فى الفروع لأنه لم يذكر فى كتاب الله تعالى ولو كان واجباً لذكره كالعتق والصيام والثانية يجب لأنها كفارة فيها عتق وصوم فكان فيها اطعام ككفارة الظهار

(٤) قوله « والاعتبار فى الكفارة الخ » وهو المذهب كالحد نص عليهما لأنها تجب على وجه الطهرة فكان الاعتبار بحال الوجوب كالحد فاذا وجب وهو عبد فلم يكفر حتى عتق فعليه الصوم لا يجزئه غيره

الروايتين ، فاذا وجبت وهو موسر ثم أعسر لم يجزئه الا العتق(١)، وإن وجبت وهو معسر فايسر لم يلزمه العتق(٢)وله الانتقال اليه ان شاء ، وعنه فى العبد إذا عتق لا يجزئه غير الصوم ، والرواية الثانية الاعتبار بأغلظ الاحوال فمن أمكنه العتق من حين الوجوب الى حين التكفير لا يجزئه غيره ، فان شرع فى الصوم ثم أيسر لم يلزمه الانتقال عنه(٣) ويحتمل أن يلزمه

فصل

فمن ملك رقبة أو امكنه تحصيلها بما هو فاضل عن كفايته وكفاية من يمونه على الدوام وغيرها من حوائجه الأصلية بثمن مثلها لزمه العتق(٤)، ومن

---

(١) قوله « لم يجزئه الا العتق » أى لأنه هو الذى وجب عليه فلا يخرج عن العهدة إلا به

(٢) قوله « وان وجبت وهو معسر الخ » أى لأنه غير ما وجب عليه ، لايقال الصوم بدل عن العتق فاذا وجد من يعتقه وجب الانتقال اليه كالمتيمم يجد الماء قبل الصلاة أو فيها للفرق بينهما فان الماء اذا وجد بعد التيمم بطل بخلاف الصوم فان العتق لو وجد بعد فعله لم يبطل لكن له الانتقال اليه لأن العتق هو الأصل فوجب أن يجزئه كسائر الاصول

(٣) قوله « فان شرع فى الصوم الخ » هذا المذهب وبه قال الشعبى وقتادة ومالك والأوزاعى والليث والشافعى وابو ثور وابن المنذر ويحتمل ان يلزمه واليه ذهب ابن سيرين وعطاء والنخعى والحكم وحماد والثورى وابو عبيد واصحاب الرأى لأنه قدر على الأصل قبل اداء فرضه بالبدل فلزمه العود اليه كالمتيمم يجد الماء قبل الصلاة أوفى أثنائها . ولنا أنه لم يقدر على العتق قبل تلبسه بالصيام فاشبه مالو استمر العجز الى مابعد الفراغ ، ولأنه وجد المبدل بعد الشروع فى صوم البدل فلم يلزمه الانتقال اليه كالمتمتع يجد الهدى بعد الشروع فى الصيام ويفارق ما اذا وجد الماء فى الصلاة فان قضاءها يسير وروى البيهقى من حديث ابى القاسم البغوى حدثنا على ابن الجعد حدثنا ابن أبى ذئب عن ابن شهاب قال السنة فيمن صام الشهرين ثم ايسر ان يمضى .

(٤) قوله « فمن ملك رقبة ـ الى قوله ـ يلزمه العتق » هذا بالاجماع وانه ليس له

له خادم يحتاج الى خدمته[١] أو دار يسكنها[٢] أو دابة يحتاج الى ركوبها أو ثياب يتجمل بها او كتب يحتاج اليها او لم يجد رقبة الا بزيادة عن ثمن مثلها تجحف به لم يلزمه العتق، وان وجدها بزيادة لا تجحف به فعلى وجهين[٣]. وإن وهبت له رقبة لم يلزمه قبولها[٤]، وان كان ماله غائبا أو امكنه شراؤها بنسيئة لزمه[٥]، ولا يجزئه فى كفارة القتل الا رقبة مؤمنة[٦] وكذلك فى سائر الكفارات فى

= الانتقال الى الصيام اذا كان حرا مسلما ويشترط ايضا ان يكون فاضلا عن وفاء دينه على الصحيح من المذهب وعنه لا يشترط ذلك ومحل الخلاف عند المصنف وغيره اذا لم يكن مطالبا بالدين

(١) قوله « ومن له خادم يحتاج الى خدمته » أى لكبر أو مرض أو زمن أو عظم خلق ونحوه مما يعجز عن خدمة نفسه أو يكون ممن لا يخدم نفسه فى العادة ولا يجد رقبة فاضلة على خدمته فليس عليه الاعتاق وبهذا قال الشافعى وقال مالك وابو حنيفة والأوزاعى متى وجد رقبة لزمه اعتاقها ولم يجز له الانتقال الى الصيام سواء كان محتاجا اليها أو لم يكن لأن الله تعالى شرط فى الانتقال الى الصيام ان لا يجد رقبة وهذا وجد وان وجد ثمنها وهو محتاج اليه لم يلزمه شراؤها وبه قال ابو حنيفة وقال مالك يلزمه لأن وجدان ثمنها كوجدانها فعلى المذهب لو كان عنده خادم يمكنه بيعه ويشترى به رقيقين يغتنى بخدمة احدهما ويعتق الآخر لزمه ذلك

(٢) قوله « أو دار يسكنها » أو عقار يحتاج الى غلته لمؤنته أو عرض للتجارة لا يستغنى عن ربحه فى مؤنته لم يلزمه العتق وان استغنى عن شىء من ذلك لزمه بان كانت له ثياب فاخرة تزيد على ملابس مثله يمكنه بيعها ويشترى ما يكفيه فى لباسه أو كانت له دار يمكنه بيعها وشراء ما يكفيه لسكنى مثله

(٣) قوله « وان كانت الزيادة لا تجحف بماله الخ » أحدهما يلزمه وهو المذهب لأنه قدر على الرقبة بثمن يقدر عليه لا يجحف به

(٤) قوله « وان وهبت الخ » أى لأن عليه منة فى قبولها وذلك ضرر فى حقه

(٥) قوله « وان كان ماله غائبا الخ » هذا المذهب

(٦) قوله « ولا يجزى فى كفارة القتل الخ » لقوله تعالى ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ ﴾ الآية وهذا بلا نزاع وكذلك سائر الكفارات وهو المذهب وعليه جماهير =

ظاهر المذهب ، ولا يجزئه إلا رقبة سليمة من العيوب المضرة بالعمل ضررا بينا[١] كالعمى وشلل اليد والرجل أو قطعها او قطع إبهام اليد أو سبابتها او الوسطى أو الخنصر والبنصر[٢] من يد واحدة ولا يجزىء المريض المأيوس منه ولا النحيف العاجز عن العمل[٣] ولا غائب لا يعلم خبره[٤] ولا مجنون مطبق ولا

= الأصحاب وهو قول الحسن ومالك والشافعي واسحاق وابى عبيد وعنه تجزئه رقبة. كافرة اختاره ابو بكر فيجزىء من الظهار وغيره ماعدا القتل عتق رقبة ذمية وهو قول عطاء والثوري والنخعي وابى ثور واصحاب الرأى وابن المنذر لان الله تعالى اطلق الرقبة فى كفارة الظهار فيجب ان يجزىء ماتناوله الاطلاق ولنا ماروى معاوية بن الحكم قال كانت لى جارية فاتيت النبي ﷺ فقلت على رقبة افاعتقها فقال لها رسول الله ﷺ اين الله قالت فى السماء قال من انا قالت انت رسول الله فقال رسول الله ﷺ اعتقها فإنها مؤمنة رواه مسلم فعلل جواز اعتاقها عن الرقبة التى عليه بانها مؤمنة

(١) قوله « ولا يجزى الا رقبة سليمة الخ » أى لأن المقصود تمليك العبد منافعه وتمكينه من التصرف لنفسه ولا يحصل هذا مع مايضر بالعمل ضررا بينا

(٢) قوله « كالعمى الخ » يعنى أن ذلك لايجزىء وهذا المذهب وعليه الأصحاب وعنه ان كانت اصبعه مقطوعة فارجو هذا يقدر على العمل فعلى المذهب يجزىء عتق الأعور . وظاهر كلام المصنف انه يجزىء عتق المرهون وهو صحيح وهو المذهب ، وقيل لايجزى ولا يصح الا مع يسار الراهن وظاهر كلامه انه يجزى الجانى وهو صحيح ولو قتل فى الجناية

على قوله « من يد واحدة » ٭ مفهومه انه لو قطع واحدة من الخنصر والبنصر او قطعا من يدين انه يجزئه وهو المذهب

(٣) قوله « ولا يجزىء المريض الخ » أى كمن مرضه مرض السل لأن برءه يندر وان كان المرض يرجى زواله اجزأ على المذهب ولايجزى النحيف العاجز عن العمل لأنه كالمريض المايوس من برئه ولا يجزىء الزمن والمقعد على المذهب وعنه يجزىء كل واحد منهما

(٤) قوله « ولا غائب لايعلم خبره » هذا المذهب لانه مشكوك فى بقاء حياته والأصل شغل الذمة فلا يبرأ بالشك وقيل يجزىء وجزم القاضى فى الخلاف انه يجزىء من جهل خبره عن كفارته

أخرس لا تفهم إشارته [1] ولا عتق من علق عتقه بصفة عند وجودها ولا من يعتق عليه بالقرابة ولا من اشتراه بشرط العتق فى ظاهر المذهب ولا أم ولد فى الصحيح عنه ولا مكاتب قد أدى من كتابته شيئا فى اختيار شيوخنا، وعنه يجزىء . وعنه لا يجزىء مكاتب بحال ، ويجزىء الاعرج يسيرا والمجدع الانف والاذن والمجبوب والخصى ومن يخنق فى الأحيان والأصم والأخرس الذى يفهم الاشارة وتفهم إشارته والمدبر والمعلق عتقه بصفة وولد الزنا والصغير ، وقال الخرقى اذا صلى ، وان عتق نصف عبد وهو معسر ثم اشترى باقيه فأعتقه أجزأه إلا على رواية وجوب الاستسعاء ، وان أعتقه وهو موسر فسرى لم يجزه نص عليه ويحتمل أن يجزئه ، وإن أعتق نصفا آخر أجزأه عند الخرقى ولم يجزه عن أبى بكر

فصل

فمن لم يجد رقبة فعليه صيام شهرين متتابعين حرا كان او عبداً [2] ، ولا

[تنبيه] محل الخلاف اذا لم يعلم خبره مطلقا أما إن أعتقه ثم تبين بعد ذلك كونه حيا فانه يجزىء قولا واحدا

(١) قوله « ولا اخرس الخ » هذا المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب وفيه وجه يجزىء اختاره القاضى وجماعة من أصحابه قاله الزركشى

[فائدة] لايجزىء الأخرس الأصم على الصحيح من المذهب ، واختار ابو الخطاب والمصنف الاجزاء اذا فهمت اشارته لان الاشارة تقوم مقام الكلام فى الافهام واحكامه كلها تثبت باشارته فكذلك عتقه ، وكذلك الأخرس الذى تفهم اشارته وهذا مذهب الشافعى وابى ثور ووجه الأول ان منفعة الحس ذاهبة فأشبه زائل العقل ولأن الخرس نقص كبير يمنع كثيرا من الاحكام مثل القضاء والشهادة وبهذا قال اصحاب الرأى قال الشارح والأول أولى ان شاء الله تعالى

(٢) قوله « فمن لم يجد فعليه صيام شهرين متتابعين الخ » أى اذا قدر على الصيام وهذا اجماع من اهل العلم لقول الله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ولحديث اوس بن الصامت وسلمة بن صخر ويستوى فى ذلك الحر والعبد عند أهل العلم لانعلم فيه خلافا واجمعوا على وجوب التتابع فى الصيام ومعنى التتابع الموالاة بين صيام ايامهما فلا يفطر فيهما ولا يصوم عن غير الكفارة

تجب نية التتابع[١] فان تخلل صومها صوم شهر رمضان او فطر واجب كفطر العيد أو الفطر لحيض او نفاس او جنون او مرض مخوف عليه او فطر الحامل والمرضع لخوفهما على أنفسهما لم ينقطع التتابع[٢]، وكذلك إن خافتا على ولديهما[٣] ويحتمل أن ينقطع، وان افطر لغير عذر او صام تطوعا او قضاء او عن نذر او كفارة أخرى لزمه الاستئناف[٤]، وان افطر لعذر يبيح الفطر كالسفر والمرض وغير المخوف فعلى وجهين[٥]، وان أصاب المظاهر منها

---

(١) قوله « ولا يجب نية التتابع » هذا المذهب

(٢) قوله « فان تخلل صومها الخ » اذا تخلل صوم الشهرين صوم رمضان أو فطر يوم العيدين أو حيض او جنون لم ينقطع التتابع نص عليه ولم يلزمه كفارة عند الأصحاب وكون الصوم لا ينقطع اذا تخلله رمضان او يوم العيدين من مفردات المذهب وقال الشافعي ينقطع التتابع ويلزمه الاستئناف لأنه افطر في أثناء الشهرين بما كان يمكنه التحرز منه . ولنا انه صوم منعه الشرع عن صومه في الكفارة فلم يقطع التتابع كالحيض والنفاس واما اذا افطرت الحامل لأجل النفاس فجزم المصنف هنا انه لا ينقطع التتابع وهو احد الوجوه والصحيح من المذهب

(٣) قوله « وكذلك ان خافتا على ولديهما » يعني اذا افطرتا لخوفهما على ولديهما لم يقطع التتابع وهو احد الوجهين والمذهب منهما لانه فطر ابيح لهما بسبب لا يتعلق باختيارهما فلم ينقطع كما لو أفطرتا خوفا على أنفسهما ، ويحتمل أن ينقطع وهو للقاضي واختاره لان الخوف على غيرهما ولذلك يلزمهما الفدية مع القضاء

[فائدة] لو افطر مكرها او ناسيا كمن وطىء كذلك او أخطأ كمن اكل بظنه ليلا فبان نهارا لم ينقطع التتابع على الصحيح من المذهب كالجاهل به وقال المصنف ومن تابعه لو اكل ناسيا لوجوب التتابع او جاهلا به او ظنا منه انه قد اتم الشهرين انقطع تتابعه

(٤) قوله « وان أفطر لغير عذر الخ » هــذا بلا نزاع لانه اخل بالتتابع المشروط ويقع صومه عن مانواه على الصحيح من المذهب لأن هـذا الزمان ليس بمستحق معين للكفارة ولهذا يجوز صومها في غيره

(٥) قوله « وان افطر لعذر يبيح الفطر الخ » احدهما لا ينقطع التتابع وهو —

ليلا او نهارا انقطع التتابع[1] ، وعنه لا ينقطع بفعله ناسيا ، وان أصاب

المذهب لانه مرض اباح الفطر اشبه الخوف والثانى ينقطع لانه افطر اختيارا وكذلك السفر على المذهب فانه قال فى رواية الاثرم كأن السفر غير المرض وماينبغى ان يكون اوكد من رمضان فظاهر هذا انه لا يقطع التتابع وهذا قول الحسن والوجه الثانى يقطعه وهو قول مالك واصحاب الراى لان السفر يحصل باختياره فقطع التتابع والصحيح الاول لانه افطر لعذر يبيح الفطر فى رمضان فلم ينقطع التتابع

[فائدة] لو نوى صوم شهر رمضان عن الكفارة لم يجزئه عن رمضان ولا عن الكفارة وانقطع التتابع حاضرا كان او مسافرا لانه تخلل صوم الكفارة فطر غير مشروع وقال مجاهد وطاوس يجزئه عنهما وقال ابو حنيفة ان كان حاضرا اجزأه عن رمضان دون الكفارة لان تعيين النية غير مشترط لرمضان وان كان مسافرا اجزأه عن الكفارة دون رمضان حضرا او سفرا . ولنا ان رمضان متعين لصومه محرم صومه عن غيره فلم يجزئه عن غيره كيومى العيدين ولانه ﷺ قال انما الاعمال بالنيات وانما لامرىء مانوى وهذا مانوى رمضان ولا فرق بين الحضر والسفر

(١) قوله « فان أصاب المظاهر منها الخ » هـذا المذهب مطلقا وبه قال مالك والثورى وابوعبيد واصحاب الرأى لان الله تعالى قال ﴿ فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا ﴾ فامر بهما خاليين عن وطء ولم يأت بهما على ما أمر فلم يجزئه كما لو وطىء نهارا ذاكرا وعنه لاينقطع التتابع بالوطء ليلا وهومذهب الشافعى وابى ثور وابن المنذر لانه وطء لا يفسد الصوم فلا يوجب الاستئناف كوطء غيرها وان وطئها او وطىء غيرها فى نهار الشهرين عامدا افطر وانقطع التتابع اجماعا إذا كان غير معذور وإن وطئها أو وطىء غيرها ناسيا نهارا أفطر وانقطع التتابع فى احدى الروايتين لان الوطء لايعذر فيه بالنسيان وعنه لايفطر ولا ينقطع التتابع وهوقول الشافعى وابى ثور وابن المنذر لأنه فعل الفطر ناسيا اشبه مالو اكل ناسياً ، ولو أبيح له الفطر لعذرفوطىء غيرها نهاراً لم ينقطع التتابع لأن الوطء لا أثر له فى قطع التتابع

[تنبيه] ظاهر كلام المصنف انه إذا أصاب المظاهر منها ليلا عمداً انه ينقطع قولا واحداً لأنه انما حكى الخلاف فى النسيان وليس الامر كذلك بل الخلاف جار فى العمد والسهو بلا نزاع عنـــد الاصحاب ولذلك قال الزركشى وهو غفلة من المصنف

غيرها ليلا لم ينقطع(١)

فصل

فان لم يستطع لزمه إطعام ستين مسكينا مسلما حرا صغيرا كان او كبيرا إذا أكل الطعام(٢) ، ولا يجوز دفعها الى مكاتب ولا الى من تلزمه مؤنته وان

---

(١) قوله « وان أصاب غيرها الخ » وهذا بلا خلاف اعلمه وكذلك لو أصابها نهارا ناسياً أو لعذر يبيح الفطر

[فائدة] لا ينقطع بوطئه فى اثناء العتق أو الوطء على الصحيح من المذهب وعليه الاصحاب

(٢) قوله « فان لم يستطع الخ » أجمع أهل العلم على أن المظاهر اذا لم يجد الرقبة ولم يستطع الصيام ان فرضه اطعام ستين مسكيناً على ما أمر الله تعالى فى كتابه وجاء فى سنة نبيه ﷺ سواء عجز عن الصوم لكبر أو مرض يخاف بالصوم تباطؤه أو زيادته أو الشبق فلا يصبر فيه عن الجماع فان أوس بن الصامت لما أمره رسول الله ﷺ بالصوم قالت امرأته انه شيخ كبير ما به من صيام قال فيطعم ستين مسكينا ولما أمر سلمة بن صخر بالصيام قال وهل اصبت ما اصبت الا من الصيام قال فأطعم فنقله الى الاطعام لما اخبره ان به من الشبق والشهوة ما يمنعه من الصيام وقسنا على هذين ما يشبهما فى معناهما

[فائدة] يشترط فى المساكين ثلاثة شروط الاسلام والحرية وان يكون قد أكل الطعام فلا يجوز دفعها الى كافر ذميا كان او حربيا وهذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وبه قال الحسن والنخعى والأوزاعى ومالك والشافعى واسحاق وابو عبيد قال أبو ثور وأصحاب الرأى يجوز دفعها إلى الذمى ولنا انهم كفارة فلم يجز اعطاؤهم كمساكين أهل الحرب والآية مخصوصة بهذا فنقيس عليه . الثانى أن يكونوا احراراً فلا يجوز دفعها الى مكاتب ولا عبد ولا ام ولد ، ولا خلاف فى انه لا يجوز دفعها الى عبد لأن نفقته واجبة على سيده ولا ام ولد لذلك وبه قال مالك والشافعى . الثالث ان يكونوا اكلوا الطعام فان كان طفلا لم يأكل الطعام لم يدفع اليه وهذا اختيار الخرقى والقاضى والمصنف والشارح وابن عبدوس قال المجد هذه الرواية أشهر عنه وجزم به فى الخلاصة وغيرها وهو ظاهر قول مالك ، والرواية =

دفعها الى من يظنه مسكينا فبان غنيا فعلى وجهين [١] وإن رددها على مسكين واحد ستين يوما لم يجزه الا ان لا يجد غيره فيجزئه فى ظاهر المذهب [٢] وعنه لا يجزئه وعنه يجزىء وإن وجد غيره . وان دفع الى مسكين فى يوم واحد من كفارتين اجزأ [٣] وعنه لا يجزئه والمخرج فى الكفارة ما يجزىء فى الفطرة

= الثانية يجوز دفعها إلى الصغير الذى لم يطعم ويقبض له وليه وهذا المذهب جزم به فى الوجيز وقدمه فى الهداية وغيرها وهو مذهب الشافعى وأصحاب الرأى قال ابو الخطاب وهو قول اكثر الفقهاء لأنه حر مسلم محتاج فاشبه الكبير ولأن أكله للكفارة ليس بشرط فيصرف فيما تتم به كفايتهم ووجه الأولى قوله فاطعام عشرة مساكين وهذا يقتضى اكلهم فاذا لم يعتبر حقيقة اكلهم وجب اعتبار امكانه فاما المكاتب فيجوز دفعها اليه فى إحدى الروايتين وهى المذهب اختاره القاضى وابو الخطاب والشريف فى خلافاتهم وابن عبدوس وجزم به فى الوجيز والثانية لا يجوز اختاره القاضى فى المجرد والمصنف والشارح ونصراه وقدمه فى الهداية وغيرها

(١) قوله « فان دفعها الى من يظنه مسكيناً الخ » كالروايتين اللتين فى الزكاة خلافاً ومذهباً على ما تقدم فى آخر باب ذكر أهل الزكاة ، والصحيح من المذهب الاجزاء

(٢) قوله « وان ردها على مسكين - إلى قوله - فى ظاهر المذهب » وهذا الصحيح من المذهب فى ذلك فان وجد غيره من المساكين لم تجزئه على الصحيح وعليه جماهير الأصحاب وعنه يجزئه اختاره ابن بطة وابو محمد الجوزى قال الزركشى اختاره ابو البركات وان لم يجد غيره فالصحيح من المذهب الاجزاء وعليه جماهير الأصحاب قال المصنف والجد هذا ظاهر المذهب وعنه لا يجزئه اختاره ابو الخطاب فى الانتصار وصححها فى عيون المسائل وقال اختارها ابو بكر

(٣) قوله « وان دفع الى مسكين فى يوم الخ » هذا المذهب وعليه اكثر الأصحاب وهذا مذهب الشافعى لأنه دفع القدر الواجب الى العدد الواجب فاجزأ كما لو دفع اليه المدّين فى يومين وعنه لا يجزئه وهو قول ابى حنيفة

وفى الخبز روايتان[١] فان كان قوت بلده غير ذلك أجزاه منه[٢] لقول الله تعالى ﴿ من اوسط ما تطعمون أهليكم ﴾ وقال القاضى لا يجزئه ولا يجزىء من البر اقل من مد[٣] ولا من غيره اقل من مدين ولا من الخبز اقل من رطلين بالعراقى إلا ان يعلم انه مد . وان اخرج القيمة او غدى المساكين

---

(١) قوله « والمخرج الخ » وهو المذهب وعليه جماهير الأصحاب واقتصر الخرقى على البر والشعير والتمر واخراج السويق والدقيق هنا من مفردات المذهب « وفى الخبز روايتان » وكذا السويق أحدهما لا يجزى وهى اختيار الخرقى قال المصنف وهذه أحسن قال فى الانصاف وهو الصواب وصححه فى التصحيح وجزم به الأدمى فى منتخبه

(٢) قوله « فان كان قوت بلده غير ذلك الخ » أى كالذرة والدخن والأرز وهو أحد الوجهين اختاره أبو الخطاب فى الهداية والمصنف قال ابن منجا فى شرحه هذا المذهب قال فى الانصاف وهو الصواب وهذا مذهب الشافعى وقال القاضى لا يجزئه وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب

(٣) قوله « ولا يجزىء من البر الخ » هذا المذهب وممن قال مد بر زيد بن ثابت وابن عباس وابن عمر حكاه عنهم الامام احمد ورواه عنهم الأثرم وعن عطاء وسليمان بن موسى وقال سليمان بن يسار ادركت الناس اذا اعطوا فى كفارة اليمين اعطوا مداً من حنطة بالمد الأصغر مد النبى ﷺ وقال أبو هريرة رضىء الله عنه يطعم مدا من أى الأنواع كان وقاله فى الايضاح وذكره المجد رواية ونقله الأثرم وبه قال عطاء والاوزاعى والشافعى لما روى أبو داود باسناده عن أوس بن أخى عبادة بن الصامت ان النبى ﷺ أعطاه يعنى المظاهر خمسة عشر صاعا من شعير اطعام ستين مسكينا وعن أبى هريرة فى حديث المجامع ان النبى ﷺ أتى بعرق فيه خمسة عشر صاعا فقال خذه وتصدق به رواه الاثرم واذا ثبت فى المجامع بالخبز ثبت فى المظاهر قياسا عليه وقال مالك لكل مسكين مدان من جميع الانواع وممن قال مدان من قمح مجاهد وعكرمة والشعبى والنخعى وقال الثورى وأصحاب الرأى من القمح مدان ومن التمر والشعير صاع لكل مسكين لقوله ﷺ فى حديث سلمة بن صخر فاطعم وسقا من تمر رواه أحمد وأبو داود وغيرهما . ولنا ما روى أحمد قال جاءت امرأة من بنى بياضة بنصف وسق شعير فقال النبى ﷺ للمظاهر

او عشاهم[1] وعنه يجزئه

فصل

ولا يجزىء الاخراج الا بنية وكذلك الاعتاق والصيام فان كان عليه كفارة واحدة فنوى عن كفارتى اجزاه وان كان عليه كفارات من جنس فنوى احداها اجزأ عن واحدة وإن كانت من اجناس فكذلك عند ابى الخطاب وعند القاضى لا يجزئه حتى يعين سببها فان كانت عليه كفارة واحدة نسى سببها أجزأته كفارة واحدة على الأول وعلى الثانى يجب عليه كفارات بعدد الاسباب . والله أعلم

كتاب اللعان

وإذا قذف الرجل امرأته بالزنا فله اسقاط الحد باللعان وصفته ان يبدأ الزوج فيقول أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميت به امرأتى هذه من الزنا ويشير إليها وإن لم تكن حاضرة سماها ونسبها حتى يكمل ذلك اربع مرات ثم يقول فى الخامسة وان لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا ثم تقول هى أشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا أربع مرات ثم تقول فى الخامسة وان غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما

= « اطعم هذا فان مدى شعير مكان مد بر » وهذا نص ولأنه قول زيد وابن عباس وابن عمر وأبى هريرة ولم نعرف لهم فى الصحابة مخالفاً فكان اجماعا

(١) قوله « وان أخرج القيمة الخ » وهو المذهب وبه قال مالك والشافعى وابن المنذر وهو الظاهر من قول عمر بن الخطاب وابن عباس وأجازه الأوزاعى وأصحاب الرأى واما إذا غدى المساكين أو عشاهم لم يجزئه على المذهب سواء فعل ذلك بالقدر الواجب أو أقل أو أكثر ولو غدى كل واحد بمد لم يجزئه إلا أن يملكه إياه وهذا مذهب الشافعى ، وعن احمد يجزئه اذا أطعمهم القدر الواجب وهو قول النخعى وأبى حنيفة واختاره الشيخ تقى الدين الا انه لم يعتبر القدر الواجب وذلك لقوله تعالى فاطعام ستين مسكينا وهذا قد أطعمهم

رمانى به من الزنا فان نقص احدهما من الالفاظ الخمسة شيئا او بدأت باللعان قبله او تلاعنا بغير حضرة الحاكم او نائبه لم يعتد به وإن أبدل لفظة أشهد بأقسم او احلف او لفظة اللعنة بالابعاد او الغضب بالسخط فعلى وجهين ومن قدر على اللعان بالعربية لم يصح منه الا بها وان عجز عنها لزمه تعلمها فى احد الوجهين وفى الآخر يصح بلسانه وإذا فهمت اشارة الاخرس او كتابته صح لعانه بها وإلا فلا وهل يصح لعان من اعتقل لسانه وأيس من نطقه بالاشارة؟ على وجهـــين

فصل

والسنة ان يتلاعنا قياما بمحضر جماعة فى الاوقات والاماكن المعظمة وإذا بلغ كل واحد منهما الخامسة امر الحاكم رجلا فأمسك يده على فى الرجل وامرأة تضع يدها على فى المرأة ثم يعظه ويقول اتق الله فانها الموجبة وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وان يكون ذلك بحضرة الحاكم فان كانت المرأة خفرة بعث من يلاعن بينهما وإذا قذف الرجل نساءه فعليه ان يفرد كل واحدة بلعان وعنه يجزئه لعان واحد فيقول أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما رميتكن به من الزنا وتقول كل واحدة اشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا . وعنه ان كان القذف بكلمة واحدة أجزأه لعان واحد وإن كان بكلمات افرد كل واحدة بلعان

فصل

ولا يصح الا بشروط ثلاثة أحدها ان يكون بين زوجين عاقلين بالغين سواء كانا مسلمين أو ذميين أو رقيقين أو فاسقين أو كان احدهما كذلك فى إحدى الروايتين[1] والاخرى لا يصح الا بين زوجين مسلمين حرين عدلين فان اختل

---

(١) قوله « أحدها ان يكون بين زوجين الخ » وهو المذهب وبه قال سعيد ابن المسيب وسليمان بن يسار والحسن وربيعة ومالك واسحاق وعنه لا يصح إلا بين زوجين الخ أى فان اختل شرط منها فى أحدهما فلا لعان بينهما لفوات الشرط اختارها الخرقى روى هذا عن الزهرى والثورى والاوزاعى وحماد وأصحاب =

شرط منها فى أحدهما فلا لعان بينهما . وان قذف أجنبية (١) أو قال لامرأته زنيت قبل أن أنكحك حد ولم يلاعن (٢) وان ابان زوجته ثم قذفها بزنا فى النكاح أو قذفها فى نكاح فاسد وبينهما ولد لاعن لنفيه وإلا حد ولم يلاعن (٣)

= الرأى وعن مكحول ليس بين المسلم والذمية لعان وعن عطاء والنخعى فى المحدود وفى القذف يضرب فى الحد ولا يلاعن وروى فيه حديث ولا يثبت كذلك قال الشافعى والساجى لان اللعان شهادة بدليل قوله تعالى ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم وقال فشهادة أحدهم أربع شهادات ولنا عموم قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم الآية ولان اللعان يمين فلا تفتقر إلى ما شرطوه كسائر الأيمان ودليل أنه يمين قول النبى ﷺ لولا الايمان لكان لى ولها شأن واما تسميته شهادة فلقوله فى يمينه أشهد بالله شهادة وان كان يميناً كما قال تعالى إذا جاءك المنافقون قالوا نشهد انك لرسول الله

[فائدة] لا فرق بين كون الزوجة مدخول بها أو غير مدخول بها فانه يلاعنها قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من علماء الامصار منهم عطاء والحسن والشعبى والنخعى وعمرو بن دينار وقتادة ومالك وأهل المدينة والثورى وأهل العراق والشافعى لقوله تعالى والذين يرمون أزواجهم

[فائدة] إذا قال لامرأته انت طالق يا زانية ثلاثاً فنقل مهنا عن احمد يلاعن قال مهنا قلت فانهم يقولون يحد ولا يلزمها إلا واحدة قال بئس ما يقولون فهذا يلاعن لأنه قذفها قبل الحكم ببينونتها فأشبه قذف الرجعية . فاما ان قال انت طالق ثلاثا يا زانية فان كان بينهما ولد لاعن لنفيه والا حد ولم يلاعن

(١) قوله « وان قذف أجنبية » هذا بلا نزاع

(٢) قوله « أو قال لامرأته الخ » هذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وبه قال مالك والشافعى

(٣) قوله « وان أبان زوجته الخ » هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة يلحقه الولد وليس له نفيه ولا اللعان لانها أجنبية فاشبهت سائر الاجنبيات إذا لم يكن بينهما ولد . ولنا ان هذا ولد يلحقه بحكم عقد النكاح فكان له نفيه كالنكاح الصحيح ويفارق إذا لم يكن ولد فانه لا حاجة إلى القذف لكونها أجنبية

وإن أبان امرأته بعد قذفها فله ان يلاعن سواء كان بينهما ولد أو لم يكن وإن قذف زوجته الصغيرة أو المجنونة عزر ولا لعان بينهما (١)

فصل

الشرط الثانى ان يقذفها بالزنا فيقول زنيت أو يا زانية أو رأيتك تزنين سواء قذفها بزنا فى القبل او فى الدبر (٢) فان قال وطئت بشبهة أو مكرهة فلا لعان بينهما (٣) وعنه انه ان كان ثم ولد لاعن لنفيه والا فلا (٤) فان قال لم تزن

---

(١) قوله « وان قذف زوجته الصغيرة الخ » وهو المذهب لان القذف لا يسقط عن درجة السب فكذا هنا ولا حد لانه لا يجب عليهما بفعل الزنا ولا لعان بينهما لانه قول تحصل به الفرقة فلا يصح من غير مكلف كالطلاق أو يمين فلا تصح من غير مكلف كسائر الايمان فان ادعى انه كان زائل العقل حين قذفه فانكرت ذاك ولاحدهما بينة عمل بها والا قبل قولها مع يمينها لان الاصل والظاهر السلامة والصحة

(٢) قوله « الشرط الثانى الخ » كل قذف يجب به الحد وسواء فى ذلك الاعمى والبصير نص عليه أحمد وبهذا قال الثورى والشافعى وأبو ثور وهو قول عطاء وقال يحيى الانصارى ومالك لا يكون اللعان إلا بأحد أمرين اما رؤية واما انكار الحمل لان آية اللعان نزلت فى هلال بن أمية وكان قال رأيت بعينى وسمعت بأذنى فلا يثبت اللعان إلا فى مثله ولنا قوله والذين يرمون أزواجهم الآية وهذا رام لزوجته فيدخل فى عموم الآية والأخذ بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب وسواء القذف بالزنا فى القبل أو فى الدبر وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا يثبت بالقذف فى الدبر وبناه على أصله فى أن ذلك لا يجب به الحد

(٣) قوله « وان قال وطئت بشبهة الخ » اذا قال وطئت بشبهة فقدم المصنف انه لا لعان بينهما مطلقاً ونص عليه أحمد قال ابن منجا فى شرحه هذا المذهب وقطع به فى المغنى والوجيز وغيرهما لأنه لم يقذفها وانما يوجب الحد

(٤) قوله « وعنه ان كان ثم الخ » هذا المذهب وينتفى الولد بلعان الرجل وحده نص عليه وعليه أكثر الأصحاب لأنه محتاج إلى نفى الولد واما اذا قال وطئت مكرهة وكذا مع نوم أو إغماء أو جنون فقدم المصنف هنا انه لا لعان بينهما =

ولكن ليس هذا الولد منى فهو ولده فى الحكم ولا لعان بينهما [١] وان قال ذلك بعد أن أبانها فشهدت امرأة مرضية انه ولد على فراشه لحقه نسبه[٢] وان ولدت توأمين فأقر أحدهما ونفى الآخر لحقه نسبهما ويلاعن لنفى الحد وقال القاضى يحد[٣]

= وهواحدى الروايتين واختاره الخرقى والمصنف وجزم به فى الوجيز وغيره قال ابن منجا هذا المذهب وعنه ان كان ثم ولد لاعن لنفيه والا فلا فينتفى بلعانه وحده نص عليه قال فى الفروع اختاره الاكثر منهم القاضى وابو بكر وابن حامد والشريف والشيرازى وغيرهم

(١) قوله « وان قال لم تزن الخ » هذا احدى الروايتين اختاره الخرقى والمصنف وجزم به فى الوجيز ومنتخب الأدمى وقدمه فى النظم والفروع والشرح ونصره لأن هذا ليس بقذف بظاهره لاحتمال انه يريد انه من زوج آخر أو من وطء شبهة أو غير ذلك ولكنه يسئل فان قال زنت فولدت هذا من الزنا فهذا قذف يثبت به اللعان وعن أحمد يلاعن لنفى الولد واختاره الاكثر منهم ابو بكر وابن حامد والقاضى والشريف وابو الخطاب قال فى المحرر وهو الأصح عندى . واعلم ان هذه المسائل الثلاث على حد سواء

(٢) قوله « وان قال ذلك بعد ان أبانها الخ » كلام المصنف فى المسئلة التى قبلها فى اللعان وعدمه وكلامه هنا فى لحوق نسب الولد وعدمه فاذا قال ذلك لمطلقته أو لزوجته او لسريته فلا يخلو اما ان يشهد به أنه ولد على فراشه أو لا فان شهد به لحقه نسبه بلا نزاع ويكفى امرأة واحدة مرضية على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب لأن شهادة المرأة الواحدة بالولادة مقبولة لأنها مما لا يطلع عليه الرجال وعنه امرأتان وان لم يشهد به أحد انه ولد على فراشه فالقول قول الزوج على الصحيح من المذهب

(٣) قوله « وان ولدت توأمين الخ » وهذا المذهب لأن الحمل الواحد لايجوز أن يكون بعضه منه وبعضه من غيره فاذا ثبت نسب احدهما منه ثبت الآخر وقال القاضى يحد ولا يملك اسقاطه باللعان وهذا مذهب الشافعى لأنه باستلحاقه اعترف بكذبه فى قذفه

[فائدة] التوأمان المنفيان اخوان لأم فقط على الصحيح من المذهب ، وفى الترغيب وجه يتوارثان بأخوة أبوة

فصل

الثالث ان تكذبه الزوجة ويستمر ذلك الى انقضاء اللعان فان صدقته أو سكتت لحقه النسب ولا لعان فى قياس المذهب[١] وان مات أحدهما قبل اللعان ورثه صاحبه ولحقه نسب الولد ولا لعان وان مات الولد فله لعانها ونفيه وان لاعن ونكلت الزوجة عن اللعان خلى سبيلها ولحقه الولد[٢] ذكره

---

(١) قوله « فان صدقته الخ » واقتصر عليه الشارح وهو المذهب نص عليه وعليه أكثر الأصحاب لأن الولد للفراش وانما ينتفى عنه باللعان ولم يوجد شرطه ولم يوجد اللعان لانتفاء شرطه فبقى النسب لاحقاً به ولا لعان سواء صدقته قبل لعانه أو بعده وبهذا قال ابو حنيفة . وقال الشافعى ان صدقته قبل لعانه فعليها الحد وليس له ان يلاعن الا أن يكون له نسب ينفيه فيلاعن وحده وينتفى النسب بمجرد لعانه وان كان بعد لعانه فقد انتفى النسب ولزمها الحد

على قوله « فان صدقته أو سكتت » ، أو عفت عنه أو ثبت زناها بأربعة سواه او قذف مجنونة بزنا قبله او محصنة فجنت او خرساء او ناطقة ثم خرست نص على ذلك

(٢) قوله « وان لاعن ونكلت الخ » ولا حد عليها على الصحيح من المذهب حتى قال الزركشى اما انتفاء الحد عنها فلا نعلم فيه مخالفا فى مذهبنا قال الشارح وان رجعت سقط الحد عنها بغير خلاف علمناه وبه يقول الشافعى وأبو ثور واصحاب الرأى فان الرجوع عن الاقرار بالحد مقبول وليس له أن يلاعن للحد فانه لم يجب عليه لتصديقها إياه فان أراد لعانها لنفى نسب الولد فليس له ذلك فى جميع هذه الصور وبه يقول أصحاب الرأى وقال الشافعى له لعانها لنفى النسب فيها كلها لانها لو كانت صالحة عفيفة فكذبته ملك نفى ولدها فاذا كانت فاجرة فصدقته فلأن يملك نفى ولدها أولى وقال الجوزجانى وابو الفرج والشيخ تقى الدين عليها الحد قال فى الفروع وهو قوى وقدم المصنف هنا انه يخلى سبيلها وعن أحمد تحبس الخ قال فى الانصاف وهذه المذهب ويكون اقرارها بالزنا أربع مرات ولا يقام نكولها مقام اقرار مرة على الصحيح من المذهب وبه قال مكحول والشعبى ومالك والشافعى وابو عبيد وابو ثور وابن المنذر

الخرقى وعن أحمد أنها تحبس حتى تقر أو تلاعن ولا يعرض للزوج حتى تطالبه الزوجة فان أراد اللعان من غير طلبها فان كان بينهما ولد يريد نفيه فله ذلك والا فلا

فصل

فإذا تم اللعان بينهما ثبت أربعة أحكام: أحدها سقوط الحد عنه أو التعزير ولو قذفها برجل بعينه سقط الحد عنه لهما . الثانى الفرقة بينهما وعنه لاتحصل حتى يفرق الحاكم بينهما[1] الثالث التحريم المؤبد[2] وعنه انه اذا كذب

(١) قوله « وعنه لا تحصل الخ » المذهب ان الفرقة تحصل بتمام لعانهما فلا يقع الطلاق ولا يعتبر تفريق الحاكم وهذا قول مالك وابى عبيد وابى ثور وداود وزفر وابن المنذر وروى ذلك عن ابن عباس رضى الله عنهما لما روى عن عمر رضى الله عنه قال المتلاعنان يفرق بينهما وقال لا يجتمعان أبداً رواه سعيد ولأنه معنى يقتضى التحريم المؤبد فلم يقف على حكم حاكم كالرضاع ولأنها لو وقفت على تفريق الحاكم لساغ ترك التفريق إذا كرهاه وتفريقه ﷺ بينهما بمعنى اعلامه لهما بحصول الفرقة وعنه لا تحصل حتى يفرق الحاكم بينهما وهو ظاهر كلام الخرقى واختاره القاضى والشريف وأبو الخطاب وغيرهم والمؤلف وبه يقول أصحاب الرأى لما روى نافع عن ابن عمر ان رجلا لاعن امرأته فى زمن رسول الله ﷺ وانتفى من ولدها ففرق رسول الله ﷺ بينهما والحق الولد بالمرأة رواه الجماعة . وعن سعيد ابن جبير قال قلت لابن عمر رجل قذف امرأته قال فرق رسول الله ﷺ بين أخوى بنى العجلان وقال الله يعلم ان أحدكما كاذب فهل منكما تائب رددها ثلاث مرات فأبيا ففرق بينهما متفق عليه فدل ان الفرقة لا تحصل بمجرد اللعان فعلى هذه ان طلقها قبل التفريق لحقها طلاقه ويلزم الحاكم الفرقه من غير طلب وعليها لو يفرق الحاكم بينهما كان النكاح بحاله قاله المؤلف وقال الشافعى تحصل الفرقة بمجرد لعان الزوج وحده قال المؤلف ولا نعلم أحداً وافقه على ذلك وعليهما فرقة اللعان فسخ لأنها فرقة تقتضى تحريماً مؤبدا

(٢) قوله « الثالث التحريم المؤبد » لا خلاف بين أهل العلم فى انه اذا لم يكذب نفسه انها لا تحل له الا أن يكون قولا شاذا فان كذب نفسه فالمذهب انها

نفسه حلت له[1] وان لاعن زوجته الامة ثم اشتراها لم تحل له الا أن يكذب نفسه على الرواية الاخرى وإذا قلنا تحل له الزوجة باكذاب نفسه فان لم يكن وجد منه طلاق فهي باقية على النكاح وإن وجد منه طلاق دون الثلاث فله رجعتها الرابع انتفاء الولد عنه بمجرد اللعان ذكره أبو بكر[2] وينتفي عنه حملها وإن لم يذكره وقال الخرقي لا ينتفي عنه حتى يذكره في اللعان فاذا

= لاتحل له و نقله الجماعة عن أحمد وجاء عن عمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب وابن مسعود المتلاعنان لا يجتمعان أبدا و به قال الحسن وعطاء وجابر بن زيد والنخعي والزهري والحكم ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي وأبو عبيد وابو ثور وابو يوسف لقول سهل بن سعد مضت السنة في المتلاعنين ان يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبدا رواه الجوزجاني وأبو داود ورجاله ثقات وروى الدارقطني ذلك عن على

(١) قوله « وعنه ان اكذب نفسه الخ » أى وعاد فراشه بحاله كما لو لم يلاعن. ولكن هذه الرواية شذ بها حنبل عن أصحابه قال أبو بكر لا نعلم أحدا رواها غيره قال المؤلف وينبغي أن تحمل على ما إذا لم يفرق الحاكم فاما مع تفريقه فلا وجه لبقاء النكاح بحاله وعن سعيد بن المسيب ان اكذب نفسه فهو خاطب من الخطاب و به قال ابو حنيفة ومحمد بن الحسن لأن فرقة اللعان عندهما طلاق وقال سعيد بن جبير ان اكذب نفسه ردت اليه ما داما في العدة

على قوله « وان لاعن زوجته الامة ثم اشتراها لم تحل له » * هذا المذهب مطلقا

(٢) قوله « الرابع انتفاء الولد الخ » اعلم أن الولد ينتفي بتمام تلاعنهما على الصحيح من المذهب لما روى سهل بن سعد ان رسول الله ﷺ فرق بينهما ولا يدعى ولدها لأب ولا يرمى ولدها ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد رواه أحمد وابو داود فظاهره انه لا يشترط ذكره فيه والمذهب كما اختاره الخرقي والقاضي والمصنف والشارح انه لاينتفي الا بذكره في اللعان وهذا مذهب الشافعي وأجابا في المغني والشرح عن حديث سهل بأن ابن عمر روى القصة وذكر فيها ان رجلا لاعن امرأته في زمن النبي ﷺ فانتفى من ولدها ففرق بينهما والحق الولد بالمرأة والزيادة من الثقة مقبولة فعلى هذا لا بد من ذكر الولد في كل لفظة ومع اللعن في الخامسة لأنه شخص يسقط باللعان فكان ذكره شرطا كالزوجة

قال أشهد بالله لقد زنت يقول وما هذا الولد ولدى وتقول هى أشهد بالله لقد كذب وهذا الولد ولده وان نفى الحمل فى التعانه لم ينتف حتى ينفيه عند وضعها له ويلاعن(١)

فصل

ومن شرط نفى الولد ان لا يوجد دليل على الاقرار به فان أقر به أو بتوأمه أو نفاه وسكت عن توأمه أو هنىء به فسكت أو أمن على الدعاء أو أخر نفيه مع إمكانه لحقه نسبه ولم يملك نفيه وان قال أخرت نفيه رجاء موته لم يعذر بذلك وإن قال لم أعلم به او لم اعلم ان لى نفيه أو لم أعلم ان ذلك على الفور وأمكن صدقه قبل قوله ولم يسقط نفيه وإن أخره لحبس او مرض او غيبة او شىء يمنعه ذلك لم يسقط ومن اكذب نفسه بعد نفيه لحقه نسبه ولزمه الحد ان كانت المرأة محصنة او التعزير ان لم تكن محصنة

---

(١) قوله « وان نفى الحمل فى التعانه الخ » هذا المذهب وهو من مفرداته قاله فى الانصاف وقال الشارح هذا قول أبى حنيفة وجماعة من أهل الكوفة لأن الحمل غير متيقن لجواز ان يكون ريحاً ، وقيل يصح نفيه قبل وضعه اختاره المصنف والشارح وبه قال مالك والشافعى لحديث هلال بن أمية وانه نفى حملها فنفاه عنه النبى ﷺ والحقه بالأم ولا خفاء بانه كان حملا ولهذا قال ﷺ انظروها فان جاءت به كذا وكذا قال ابن عبد البر الآثار الدالة على صحة هذا القول كثيرة واوردها قال المصنف والشارح وهذا القول هو الصحيح لموافقته ظواهر النصوص وما خالف الحديث لا يعمل به كائناً ما كان

على قوله « ولم يسقط نفيه » * شمل كلامه مسئلتين احداهما ان يكون قائل ذلك حديث عهد بالاسلام او من أهل البادية فيقبل قوله بلا نزاع . الثانية ان يكون قائل ذلك عاميا فلا يقبل على الصحيح من المذهب

على قوله « وان أخره لحبس او مرض او غيبة او شىء يمنعه ذلك لم يسقط » * هذا المذهب مطلقا وفصل المصنف

على قوله « ان لم تكن محصنة » * هذا المذهب

فصل فيما يلحق من النسب

من أتت امرأته بولد يمكن كونه منه وهوان تأتى به بعد ستة اشهر منذ أمكن اجتماعه بها ولاقل من أربع سنين منذ أبانها وهو ممن يولد لمثله لحقه نسبه(١) وان لم يمكن كونه منه مثل أن تأتى به لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها أو لاكثر من أربع سنين منذ أبانها(٢) او أقرت بانقضاء عدتها بالقروء(٣) ثم أتت

---

(١) قوله « من أتت امرأته بولد الخ » هذا المذهب مطلقا وعليه جماهير الأصحاب فيلحقه نسبه ما لم ينفه بلعان لقوله ﷺ الولد للفراش ولأنه يمكن كونه منه لقوله ﷺ واضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم فى المضاجع وعلى هذا لا يصير بالغا ولا يتقرر به مهر ولا تثبت به عدة ولا رجعة ونقل حرب فيمن طلق قبل الدخول واتت بولد فانكره ينتفى بلا لعان فأخذ الشيخ تقى الدين من هذه الرواية ان الزوجة لا تصير فراشا الا بالدخول واختاره هو وغيره من المتاخرين منهم والد الشيخ تقى الدين قاله ابن نصر الله وقال فى الانتصار لا يلحق بمطلق ان اتفقا انه لم يمسها ونقل مهنا لا يلحق الولد حتى يوجد الدخول

(٢) قوله « أو لأكثر من أربع سنين » هذا بلا نزاع

على قوله « من أتت امرأته بولد يمكن كونه منه » * ولو مع غيبته عشرين سنة ذكره فى المغنى وعليه نصوص احمد والمراد ويخفى سيره والا فالخلاف على ما ذكره فى الترغيب ولا ينقطع الامكان عنه بالحيض

(٣) قوله « أو أقرت بانقضاء الخ » وهذا المذهب وعليه الأصحاب ، وذكر بعضهم قولا ان اقرت لفراغ العدة أو الاستبراء من عتق ثم ولدت بعده فوق نصف سنة لحقه نسبه وقال ناظم المفردات :

امكان وطء فى لحوق النسب فعندنا معتبر فى المذهب
كامرأة تكون فى شيراز وزوجها يقيم بالحجاز
فان تلد لستة من أشهر من يوم عقد واضحا فى النظر
فمدة الحمل مع المسير لا بد أن تمضى فى التقدير
إن مضتا به غدا ملتحقا ومالك والشافعى وافقا

به لاكثر من ستة أشهر بعدها أو فارقها حاملا فوضعت ثم أتت بآخر بعد ستة أشهر او مع العلم بأنه لم يجتمع بها[١] كالتى يتزوجها بحضر الحاكم ثم يطلقها فى المجلس او يتزوجها وبينهما مسافة لا يصل اليها فى المدة التى أتت بالولد فيها او يكون صبيا له دون عشر سنين اومقطوع الذكر والانثيين[٢] لم يلحقه نسبه وإن قطع أحدهمافقال أصحابنا يلحقه نسبه وفيه بعد[٣] وان طلقهاطلاقا رجعيا

وعندنا فى صورتين حققوا والمدتان ان مضت لا يلحق
من كان كالقاضى وكالسلطان وسيره لا يخفى عن عيان
أو غاصب صد عن اجتماع ونحوه فامنع ولا تراع

(١) قوله أو مع العلم الخ » أى كمشرقى يتزوج بمغربية ثم مضت ستة أشهر وأتت بولد لم يلحقه وبذلك قال مالك والشافعى وقال أبو حنيفة يلحقه نسبه لأن الولد انما يلحقه بالعقد ومدة الحمل الا ترى انكم قلتم اذا مضى زمن الامكان لحق الولد وان علم انه لم يحصل وطء ولنا انه لم يحصل امكان الوطء فى هذا العقد فلم يلحق به الولد كزوجة الطفل أو كما لو ولدته لدون ستة أشهر

[تنبيهان] أحدهما قوله أو تزوجها وبينهما مسافة الخ انه لو أمكن وصوله اليها فى المدة التى أتت بالولد فيها لحقه نسبه وهذا المذهب مطلقا وعليه جماهير الاصحاب وقال فى التعليق والوسيلة والانتصار ولو امكن ولا يخفى السير كأمير وتاجر كبير ونقل ابن منصور ان علم انه لا يصل مثله لم يقض بالفراش

(الثانى) مفهوم قوله او يكون صبيا الخ ان ابن عشر سنين يولد لمثله ويلحقه نسبه وهو صحيح وهو المذهب وعليه اكثر الأصحاب وقيل لا يولد إلا لابن اثنتى عشرة سنة واختار أبو بكر وابو الخطاب لا يلحقه نسبه حتى يعلم بلوغه وهو ظاهر ما جزم به فى المنور فعلى الأول لا يحكم ببلوغه ان شك فيه به ولا يستقر به مهر ولا يثبت به عدة ولا رجعة قال فى الفروع ويتوجه فيه قول كثبوت الاحكام بصوم يوم الغيم

(٢) قوله « أو مقطوع الذكر الخ » هذا المذهب وهو قول عامة أهل العلم لأنه يستحيل منه الأيلاج والانزال . ونقل ابن هانىء فيمن قطع ذكره وانثياه قال ان دفق فقد يكون الولد من الماء

(٣) قوله « وان قطع أحدهما الخ » فيه مسئلتان إحداهما أن يكون خصيا

فولدت لاكثر من اربع سنين منذ طلقها ولا قل من أربع منذ انقضت عدتها فهل يلحقه نسبه؟ على وجهين (١)

فصل

ومن اعترف بوطء أمته فى الفرج أو دونه فأتت بولد لستة اشهر لحقه نسبه وان ادعى العزل الا أن يدعى الاستبراء(٢) وهل يحلف؟ على وجهين . فان

= بأن تقطع أنثياه فقال أكثر الأصحاب يلحقه نسبه وهو ظاهر كلامه فى الوجيز وجزم به ابن عبدوس ، وقيل لا يلحقه نسبه وقطع به فى الشرح وهو عجيب منه الا أن تكون النسخة مغلوطة وقدمه فى الفروع وجزم به فى المحرر والحاوى والنظم.الثانية أن يكون مجبوبا بأن يقطع ذكره وتبقى أنثياه فقال جماهير الأصحاب يلحقه نسبه وهو المذهب وقيل لا يلحقه نسبه اختاره المصنف وجزم به فى المحرر والحاوى والنظم لأن من قطعت انثياه لا منى له والولد لا يوجد إلا من منى

[فائدة] قال فى الموجز والتبصرة لو كان عنينا لم يلحقه نسبه انتهى. والصحيح من المذهب انه يلحقه وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب

(١) قوله « وان طلقها طلاقا الخ » وهما روايتان أحدهما يلحقه نسبه وهو المذهب لأنها فى حكم الزوجات فى السكنى والنفقة والطلاق اشبه ما قبل الطلاق ، والثانى لا يلحقه لأنها علقت به بعد طلاق فأشبهت البائن

[فائدة] إذا غاب عن زوجته سنين فبلغها وفاته فاعتدت ونكحت نكاحا صحيحا فى الظاهر ودخل بها الثانى وأولدها أولادا ثم قدم الاول فسخ نكاح الثانى وردت الى الأول وتعتد من الثانى ولا عليه صداق مثلها والأولاد له لأنهم ولدوا على فراشه روى ذلك عن على وبه قال الثورى واهل العراق وابن أبى ليلى ومالك واهل الحجاز والشافعى واسحاق وغيرهم من أهل العلم وأبو يوسف ، إلا ابا حنيفة قال الولد للأول

على قوله « منذ طلقها » يعنى وقبل انقضاء عدتها صرح به فى المستوعب وهو مراد غيره

(٢) قوله « ومن اعترف بوطء أمته الخ » متى اعترف بوطء أمته فى الفرج فأتت بولد لستة أشهر لحقه نسبه نقله الجماعة عن احمد مطلقا فلا ينتفى بلعان ولا =

أعتقها او باعها بعد اعترافه بوطئها فأتت بولد لدون ستة أشهر فهو ولده والبيع باطل[١] . وكذلك ان لم يستبرئها فأتت به لاكثر من ستة اشهر فادعى المشترى انه منه سواء ادعاه البائع او لم يدعه[٢]. وان استبرئت ثم أتت بولد لاكثر من ستة أشهر لم يلحقه نسبه[٣] وكذلك ان لم يستبرىء ولم يقر المشترى

غيره لحديث عائشة فى ابن زمعة ولقول عمر لا تأتيني وليدة يعترف سيدها انه ألمّ بها إلا ألحقت به ولدها فانزلوا بعد ذلك اواتركوا رواه الشافعى عن مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن ابيه عن عمر وبه قال مالك والشافعى . وقال ابو حنيفة لا تصير فراشا حتى يقر بولدها فإذا أقر به صارت فراشا ولحقه أولاده بعد ذلك لأنها لو صارت فراشا بالوطء لصارت فراشا بإباحته كالزوجة ، وجوابه لأن الملك لا يتعلق به تحريم المصاهرة ولا ينعقد فى محل يحرم الوطء فيه كالمجوسية وذوات محارمه واما إذا اعترف بوطئها دون الفرج فالصحيح من المذهب انه كالاعتراف بالوطء فى الفرج وعليه جماهير الاصحاب ونص عليه وقيل ليس كوطئه فى الفرج وقدمه فى المغنى والشرح وان وطئها فى الدبر لم تصر فراشا فى الأشهر لانه ليس بمنصوص عليه ولا فى معناه

على قوله « وهل يحلف على وجهين » * يعنى اذا ادعى الاستبراء احدهما يحلف وهو المذهب للخبر

(١) قوله « فان اعتقها الخ » فهو ولده بلا نزاع والبيع باطل لأنها صارت أم ولد

(٢) قوله « وكذا ان لم الخ » وهذا بلا نزاع لكن لو ادعاه المشترى فقيل يلحقه جزم به فى المغنى والشرح وقيل يرى القافة نقله صالح وحنبل قال فى الانصاف وهو الصواب وجزم به فى المحرر والرعايتين وغيرهم

على قوله « فادعى المشترى انه منه » * أى من البائع سواء ادعاه البائع أو لم يدعه

(٣) قوله وان استبرئت الخ » هذا بلا نزاع لأن الاستبراء يدل على براءتها من الحمل وقد أمكن ان يكون من غيره لوجود مدة الحمل بعد الاستبراء وكذا ان لم تستبرأ ولم يقر المشترى به لانه ولد أمة المشترى فلا تقبل دعوى غيره له

له به فأما ان لم يكن البائع أقر بوطئها قبل بيعها لم يلحقه الولد بحال[١] الا ان يتفقا عليه فيلحقه نسبه وان ادعاه البائع فلم يصدقه المشترى[٢] ويحتمل ان يلحقه نسبه مع كونه عبداً للمشترى . وإذا وطىء المجنون من لا ملك له عليها ولا شبهة ملك فولدت منه لم يلحقه نسبه[٣] والله اعلم

كتاب العدد[٤]

كل امرأة فارقها زوجها فى الحياة قبل المسيس والخلوة فلا عدة عليها[٥] وان خلا بها وهى مطاوعة فعليها العدة[٦] سواء كان بهما او بأحدهما مانع من

---

(١) قوله « فاما ان لم يكن البائع الخ » وهذا المذهب سواء ولدته لستة اشهر او لأقل منها لأنه يحتمل ان يكون من غيره الا إذا اتفقا على ان الولد ابن للبائع لأن الحق لهما يثبت باتفاقهما

(٢) قوله « وان ادعاه البائع الخ » وهو المذهب ولا يقبل قول البائع فى الإيلاد لأن الملك انتقل الى المشترى فى الظاهر

(٣) قوله « واذا وطىء المجنون الخ » أى لأنه لا يستند الى ملك ولا اعتقاد اباحة ، وعليه مهر المثل ان اكرهها على الوطء ، لأن الضمان يستوى فيه المكلف وغيره

(٤) الاصل فى وجوبها قبل الاجماع قوله ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ﴾ الآية ، وقوله ﴿ واللائى يئسن من المحيض ﴾ الآية ، وقوله ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا ﴾ الآية والأحاديث شهيرة فى ذلك

(٥) قوله « كل امرأة الخ » هذا بالاجماع لقوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ﴾ الآية وكذا ان كان بعدها والزوج ممن لا يولد لمثله

(٦) قوله « وان خلا بها وهى مطاوعة الخ » هذا المذهب مطلقا بشرطه الآتى فاذا خلا بها ولم يصبها ثم طلقها فان العدة تجب عليها روى ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر وبه قال عروة وعلى بن الحسين وعطاء والزهرى والثورى والأوزاعى واسحاق وأصحاب الرأى والشافعى فى القديم وقال فى الجديد لاعدة عليها لقوله تعالى ﴿ياأيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات﴾ الآية وهذا

الوطء كالاحرام والصيام والحيض والنفاس والمرض والجب والعنة أولم يكن الا ان لا يعلم بها كالاعمى والطفل فلا عدة عليها(١). والمعتدات على ستة أضرب إحداهن أولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن حرائر كن او اماء من فرقة الحياة او الممات والحمل الذى تنقضى به العدة ما تبين فيه شيء من خلق

= نص ولأنها مطلقة لم تمس فاشبهت من لم يخل بها. ولنا اجماع الصحابة فروى أحمد والأثرم عن زرارة بن أوفى قال قضى الخلفاء الراشدون أن من أرخى سترا أو أغلق بابا فقد وجب المهر ووجبت العدة ورواه أحمد أيضا عن عمر وعلى وعن سعيد بن المسيب عن عمر وزيد بن ثابت . وهذه قضايا اشتهرت ولم تنكر فكانت اجماعا وضعف احمد ما روى فى خلاف ذلك . وقد ذكرنا الخلاف فى ذلك فى الصداق . وعنه لا عدة بخلوة مع وجود مانع شرعى كالاحرام والصيام والحيض والنفاس والظهار والايلاء والاعتكاف

[تنبيه] ظاهر كلام المصنف انه سواء كان النكاح صحيحا أو فاسدا ، وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب ونص عليه ، وقال ابن حامد لا عدة بالخلوة فى النكاح الفاسد بل بالوطء كالنكاح الباطل اجماعا وعند ابن حامد أيضا لا عدة بالموت فى النكاح الفاسد

[فائدة] لا عدة بتحمل المرأة ماء الرجل ولا بالقبلة ولا باللمس من غير خلوة على الصحيح من المذهب

(١) قوله « إلا أن لا يعلم بها الخ » وكذا لو كانت طفلة . وضابطه ان يكون الطفل لا يولد له والطفلة لا يوطأ مثلها

على قوله « حرائر كن أو إماء من فرقة الحياة أو الممات » * وسواء كانت مسلمة أو كافرة وسواء فارقها زوجها بطلاق أو فسخ أو وفاة وهذا إجماع أهل العلم الا انه روى عن على وابن عباس من وجه منقطع انها تعتد بأطول الأجلين وروى عن ابن عباس انه رجع الى قول الجماعة ولأن آية الحمل متأخرة عن آية الأشهر قال ابن مسعود من شاء باهلته او لاعنته ان الآية التى فى سورة النساء القصرى واولات الأحمال أجلهن ان يضعن حملهن نزلت بعد آية البقرة ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا ﴾ الآية والخاص مقدم على العام ولحديث أبى السنابل حين قال ذلك فرد عليه النبى ﷺ

الانسان[١] فان وضعت مضغة لا يتبين فيها شيء من ذلك فذكر ثقات من النساء انه مبتدأ خلق آدمي فهل تنقضي العدة؟ على روايتين[٢]. وان أتت بولد لا يلحقه نسبه كامرأة الطفل لم تنقض عدتها به[٣] وعنه تنقضي به وفيه بعد. وأقل مدة الحمل ستة أشهر وغالبها تسعة[٤] وأكثرها اربع سنين[٥] وعنه

---

(١) قوله « مايتبين فيه شيء الخ » أي كالرأس واليد والرجل فتنقضي به العدة اجماعا لأنه حمل فيدخل في عموم النص وان القت مضغة لا يتبين فيها شيء من الخلقة فشهد ثقات من القوابل ان فيه صورة خفية بان بها انها خلقة آدمي فكذلك

(٢) قوله « وان وضعت مضغة الخ » هذا هو القسم الثالث أحدهما لا تنقضي به العدة وهو المذهب لانه لم يتبين فيه خلق آدمي أشبه الدم وان القت نطفة أو دما لا تدري هل هو ما يخلق منه آدمي أو لا فهذا لا يتعلق به شيء من الأحكام وان وضعت صورة لا مضغة فيها ولم يشهد القوابل انه مبتدا خلق آدمي لم تنقض ولا تنقضي بما قبل المضغة لا نعلم فيه خلافا الا الحسن

(٣) قوله « وان أتت بولد لا يلحقه الخ » وكذا المجبوب او اتت به بعد أربع سنين منذ مات أو بانت منه بطلاق أو فسخ أو انقضاء عدتها ان كانت رجعية لم يلحقه ولدها لأنه يعلم انها علقت به بعد زوال النكاح وصارت أجنبية فعلى هذا لا تنقضي به العدة وهو المذهب وعليه الأصحاب ونص عليه لأنه حمل ليس منه يقينا فلم تعتد بوضعه كما لو ظهر بعد موته

(٤) قوله « وأقل مدة الحمل الخ » هذا المذهب وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي لما روى الأثرم والبيهقي عن أبي الأسود انه رفع الى عمر ان امرأة ولدت لستة أشهر فهم عمر برجمها فقال له علي ليس لك ذلك قال الله تعالى ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ﴾ وقال ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ﴾ فحولان وستة أشهر ثلاثون شهرا لا رجم عليها فخلى عمر سبيلها وقال ابن عباس كذلك رواه البيهقي

(٥) قوله « وأكثرها أربع سنين » هذا المذهب وبه قال الشافعي وهو المشهور عن مالك لأن ما لا نص فيه يرجع الى الوجود وقد وجد اربع سنين فروى الدارقطني عن الوليد بن مسلم قلت لمالك بن أنس عن حديث عائشة لا تزيد المرأة

سنتان . وأقل ما يتبين به الولد أحد وثمانون يوما [١]

فصل

الثانى المتوفى عنها زوجها عدتها أربعة اشهر وعشر ان كانت حرة وشهران وخمسة ايام إن كانت امةوسواء ما قبل الدخول وبعده[٢] فان مات

= فى حملها على سنتين فقال سبحان الله من يقول هذا هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن فى اثنتى عشرة سنة وقال الشافعى بقى محمد بن عجلان فى بطن أمه اربع سنين وعنه سنتان روى عن عائشة وهو مذهب الثورى وابى حنيفة لما روى الدارقطنى باسناد جيد عن جميلة بنت سعد قالت قالت عائشة لا تزيد المرأة فى الحمل على سنتين رواه سعيد والبيهقى وقد أنكره مالك . إذا ثبت هذا فان المرأة إذا ولدت لاربع سنين فما دون من يوم مات الزوج أو طلاقه ولم تكن تزوجت ولا وطئت ولا انقضت عدتها بالقرء ولا بوضع الحمل فان الولد لاحق بالزوج وعدتها تنقضى به

(١) قوله « وأقل ما يتبين الخ » هذا المذهب وهو أقل ما تنقضى به العدة فى الحمل وهو ان تضعه بعد ثمانين يوما منذ أمكن وطئها لحديث ابن مسعود مرفوعا ان احدكم يجمع خلقه فى بطن أمه أربعين يوما نطفة ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك ولا شك ان العدة لا تنقضى بما دون المضغة فوجب ان يكون بعد الثمانين فاما بعد أربعة أشهر فليس فيه إشكال

(٢) قوله « عدتها أربعة أشهر وعشر الخ » أى ان لم تكن حاملا وذلك بالاجماع لقوله ﴿ والذين يتوفون منكم ﴾ الآية ولقوله ﷺ « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً » متفق عليه ، وسواء كانت بالغة أو غير بالغة ولا يعتبر وجود الحيض فى عدة الوفاة فى قول عامتهم فاما الأمة فعدتها شهران وخمسة أيام وهو المذهب وهو قول عامة أهل العلم الا ابن سيرين فانه قال ما أرى عدة الأمة الا كعدة الحرة الا ان تكون قد مضت فى ذلك سنة فان السنة أحق أن تتبع فاخذ بظاهر اللفظ . ولنا اتفاق الصحابة على ان عدة الأمة المطلقة على النصف من عدة الحرة فكذلك عدة الوفاة

[فائدة] من نصفها حر عدتها ثلاثة أشهر وثمانية أيام

زوج الرجعية استأنفت عدة الوفاة من حين موته وسقطت عدة الطلاق[١] وان طلقها فى الصحة طلاقا بائنا ثم مات فى عدتها لم ينتقل عن عدتها[٢] وإن كان الطلاق فى مرض موته اعتدت أطول الأجلين من عدة الطلاق وعدة الوفاة[٣] وإن ارتابت المتوفى عنها لظهور امارات الحمل من الحركة وانتفـــاخ البطن وانقطاع الحيض قبل ان تنكح لم تزل فى عدة حتى تزول الريبة[٤] وان تزوجت

---

(١) قوله « فان مات زوج الرجعية الخ » هذا المذهب ولا خلاف فيه قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من اهل العلم لأن الرجعية زوجة يلحقها الطلاق وغيره

[فائدتان] لو قتل المرتد فى عدة امرأته فانها تستأنف عدة الوفاة نص عليه لأنه كان يمكنه تلافى النكاح بالاسلام بناء على ان الفسخ يقف عند انقضاء العدة

(الثانية) لو اسلمت امرأة كافر ثم مات قبل انقضاء العدة فانها تنتقل إلى عدة الوفاة فى قياس التى قبلها ذكره الشيخ تقى الدين

(٢) قوله « وان طلقها فى الصحة الخ » هذا بلا نزاع وهذا قول مالك والشافعى وأبى عبيد وابن المنذر ، وقال الثورى وأبو حنيفة عليها أطول الأجلين ولنا قوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولأنها أجنبية منه فى نكاحه وميراثه وغير ذلك

(٣) قوله « وان كان الطلاق فى مرض موته الخ » وهذا المذهب وبه قال الثورى وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن ، وقال مالك والشافعى وأبو عبيد وابن المنذر تبنى على عدة الطلاق لأنه مات وليست زوجة له لأنها بائن من النكاح فلا تكون منكوحة وعن أحمد مثل ذلك ووجه الأولى انها وارثة فتجب عليها عدة الوفاة كالرجعية

[تنبيه] محل الخلاف إذا كانت ترثه ، فاما الأمة والذمية فلا يلزمها غير عدة الطلاق قولا واحداً

[فائدة] لو مات بعد انقضاء عدة الرجعية أو بعد انقضاء عدة البائن فلا عدة عليهما للوفاة على الصحيح من المذهب مطلقا ، وعنه تعتد للوفاة ان ورثت منه اختارها جماعة من الأصحاب

(٤) قوله « وان ارتابت الخ » هذا بلا نزاع فتبقى فى حكم الاعتداد إلى أن =

قبل زوالها لم يصح النكاح[١] وإن ظهر بها ذلك بعد نكاحها لم يفسده به[٢] لكن ان أتت بولد لأقل من ستة اشهر منذ نكحها فهو باطل وإلا فلا . وإذا مات عن امرأة نكاحها فاسد فقال القاضي عليها عدة الوفاة نص عليه[٣] وقال ابن حامد لا عدة عليها للوفاة فى ذلك فإن كان النكاح مجمعا على بطلانه لم تعتد للوفاة من أجله وجها واحدا

فصل

الثالث ذات القرء التى فارقها فى الحياة بعد دخوله وعدتها ثلاثة قروء[٤] ان

= تزول الريبة فان بان حملا انقضت عدتها بوضعه فان زالت وبان انه ليس بحمل تبينا ان عدتها انقضت بالشهور أو الاقراء ان كان فارقها فى الحياة

(١) قوله « وان تزوجت الخ » وهذا المذهب لأنها تزوجت وهى فى حكم المعتدات ، وقيل يصح إذا كان بعد انقضاء العدة

(٢) قوله « وان ظهر بها بعد نكاحها الخ » أى لأنه وجد بعد انقضاء العدة ظاهرا والحمل مع الريبة مشكوك فيه فلا يزول ما حكمنا بصحته فان كان النكاح بعد الدخول لم يفسد النكاح قولا واحدا لكن لا يحل لزوجها وطئها حتى تزول الريبة وان كان قبل الدخول وبعد العقد لم يفسد على الصحيح من المذهب إلا أن تأتى لدون ستة أشهر

[فائدة] ظاهر كلامه انها لو ظهرت بها أمارات الحمل قبل نكاحها وبعد شهور العدة ان نكاحها فاسد وهو أحد الوجهين وهو ظاهر الوجيز وقدمه ابن رزين فى شرحه والمجد فى شرحه . والثانى يحل لها النكاح لأنا حكمنا بانقضاء العدة وحل النكاح وسقوط النفقة والسكنى فعلى المذهب فى التى قبلها . والوجه الثانى فى هذه المسئلة لو ولدت بعد العقد لدون ستة أشهر تبينا فساد العقد فهما

(٣) قوله « واذا مات عن امرأة الخ » قد تقدم الكلام عليها فى أول الباب على قوله « واذا مات عن امرأة نكاحها فاسد » ٭ كالنكاح المختلف فيه على قوله « وقال ابن حامد لا عدة عليها للوفاة » ٭ وهو مذهب الشافعى

(٤) قوله « فصل الثالث ذات القروء التى فارقها زوجها فى الحياة فعدتها =

= ثلاثة قروء، يعني سواء كانت مطلقة او مختلعة وهذا المذهب. قلت والصحيح ان المختلعة تعتد بحيضة كما ثبت فى صحيح البخارى عن ابن عباس ان امراة ثابت بن قيس اتت النبى ﷺ فقالت يارسول الله ثابت بن قيس ماعيب عليه فى خلق ولا دين الخ وفى سنن النسائى عن الربيع بنت معوذ ان ثابت بن قيس بن شماس ضرب امرأته فكسر يدها وهى جميلة بنت عبد الله بن أبى فأتى أخوها يشتكيه الى رسول الله ﷺ فأرسل اليه فقال خذ الذى لها عليك وخل سبيلها قال نعم، فأمرها رسول الله ﷺ ان تعتد بحيضة. قال ابن القيم رحمه الله وفى أمره ﷺ المختلعة أن تعتد بحيضة دليل على أنه لا يجب عليها ثلاث حيض بل يكفيها حيضة واحدة وهذا كما انه صريح السنة فهو مذهب أمير المؤمنين عثمان بن عفان وعبد الله بن عمر والربيع بنت معوذ وعمها وهو من كبار الصحابة فهؤلاء الأربعة من الصحابة لا يعرف لهم مخالف منهم كما رواه الليث بن سعد عن نافع مولى ابن عمر انه سمع ربيع بنت معوذ بن عفراء وهى تخبر عبد الله بن عمر انها اختلعت من زوجها على عهد عثمان فجاء عمها إلى عثمان فقال ان ابنة معوذ اختلعت من زوجها اليوم أفتنتقل فقال عثمان لتنتقل ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها إلا أنها لا تنكح حتى تحيض حيضة خشية أن يكون بها حبل فقال عبد الله بن عمر فعثمان خيرنا وأعلمنا وذهب الى هذا المذهب اسحاق ابن راهويه والامام احمد فى رواية عنه اختارها شيخ الاسلام بن تيمية، قال من نصر هذا القول هو مقتضى قواعد الشريعة فان العدة انما جعلت ثلاث حيض ليطول زمن الرجعة فيتروى الزوج ويتمكن الزوج من الرجعة فى مدة العدة فاذا لم يكن عليها رجعة فالمقصود مجرد براءة رحمها من الحمل وذلك يكفى فيه حيضة كالاستبراء. قالوا ولا ينتقض هذا بالمطلقة ثلاثا جعل حكم العدة فيه واحدا بائنة ورجعية. قالوا وهذا دليل على ان الخلع فسخ وليس بطلاق وهو مذهب ابن عباس وعثمان وابن عمر والربيع وعمها ولا يصح عن صحابى انه طلاق البتة فروى الامام أحمد عن يحى بن سعيد عن سفيان عن عمرو عن طاوس عن ابن عباس انه قال الخلع تفريق وليس بطلاق وذكر عبدالرزاق عن سفيان عن عمرو عن طاوس ان ابراهيم بن سعيد سأله عن رجل طلق امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه أينكحها قال ابن عباس نعم ذكر الله الطلاق فى أول الآية وآخرها والخلع بين ذلك الى ان قال ثم من نظر إلى حقائق العقود ومقاصدها =

كانت حرة وقرآن ان كانت أمة (١) . والقرء الحيض فى أصح الروايتين (٢)

= دون الفاظها يعد الخلع فسخا بأى لفظ كان حتى بلفظ الطلاق وهذا أحد الوجهين لأصحاب أحمد وهو اختيار شيخنا قال وهذا ظاهر كلام أحمد وكلام ابن عباس وأصحابه قال ابن جريج أخبرنى عمرو بن دينار انه سمع عكرمة مولى ابن عباس يقول ما اجازه المال فليس بطلاق قال عبد الله بن أحمد رأيت أبى يذهب إلى قول ابن عباس وقال عمرو عن طاوس عن ابن عباس الخلع تفريق وليس بطلاق . انتهى ملخصا من الهدى

(١) قوله « فعدتها ثلاثة قروء الخ » وهذا المذهب ، فاما الحرة من ذوات القروء فعدتها ثلاثة قروء بغير خلاف لقول الله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء وأما الامة فعدتها بالقروء قرآن وهو المذهب وعليه الأصحاب وهو قول اكثر أهل العلم منهم عمر وعلى وابن عمر وسعيد بن المسيب وعطاء وعبيد الله ابن عتبة والقاسم وسالم والزهرى وقتادة ومالك والثورى والشافعى واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى . وعن ابن سيرين عدتها عدة الحرة الا أن يكون قد مضت بذلك سنة وهو قول داود لظاهر الآية . ولنا ما روت عائشة ان النبى ﷺ قال « طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان » رواه أبو داود والترمذى وقال حديث غريب لا نعرفه مرفوعا الا من رواية مظاهر بن اسلم ولا يعرف له فى العلم غير هذا الحديث وعن ابن عمر نحوه رواه ابن ماجه والدارقطنى من رواية عطية وهو ضعيف وقال عمر لو استطعت أن أجعل العدة حيضة ونصفا لفعلت رواه البيهقى

(٢) قوله « والقرء الحيض الخ » القرء فى كلام العرب يقع على الحيض والطهر فهو من الأسماء المشتركة قال الخليل بن أحمد يقال أقرأت المرأة اذا دنا حيضها وأقرأت اذا دنا طهرها واختلف أهل العلم فى المراد بقوله تعالى ﴿ يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ واختلفت الرواية عن أحمد فعنه أنها الحيض وهو المذهب روى ذلك عن عمر وعلى وابن عباس وسعيد بن المسيب والثورى والأوزاعى والعنبرى واسحاق وأبى عبيد وأصحاب الرأى وروى أيضا عن ابى بكر الصديق وعثمان بن عفان وأبى موسى وعبادة بن الصامت وأبى الدرداء وقال القاضى الصحيح عن أحمد ان الاقراء الحيض واليه ذهب أصحابنا ورجع عن قوله =

ولا تعتد بالحيضة التى طلقها فيها حتى تأتى بثلاث كاملة بعدها[1] فإذا انقطع دمها من الثالثة حلت فى احدى الروايتين[2] والاخرى لا تحل حتى تغتسل

= بالأطهار فقال فى رواية النيسابورى كنت أقول انه الاطهار وأنا أذهب اليوم الى ان الاقراء الحيض وقال فى رواية الأثرم كنت اقول الاطهار ثم وقفت لقول الأكابر . وعنه القرؤ الاطهار وهو قول زيد وابن عمر وعائشة وسليمان بن يسار والقاسم وسالم وعمر بن عبد العزيز والزهرى ومالك والشافعى وأبى ثور وقال أبو بكر بن عبد الرحمن ما أدركت أحداً من فقهائنا الا وهو يقول ذلك قال ابن عبد البر رجع احمد الى أن القروء الاطهار واحتج من قال ذلك بقول الله تعالى ﴿ فطلقوهن لعدتهن ﴾ أى فى عدتهن كقوله تعالى ﴿ ونضع الموازين القسط ليوم القيامة ﴾ أى فى يوم القيامة وانما أمر بالطلاق فى الطهر لا فى الحيض ويدل عليه قوله ﷺ فى حديث ابن عمر فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر الخ متفق عليه ووجه الأولى قوله تعالى واللائى يئسن من المحيض الآية فنقلهن عند عدم الحيض الى الاعتداد بالأشهر فيدل على أن الاصل الحيض كما قال تعالى ﴿ فلم تجدوا ماء ﴾ الآية ولأن المعهود فى لسان الشارع استعمال القروء بمعنى الحيض فقال ﷺ تدع الصلاة أيام اقرائها رواه أبو داود وقال لفاطمة بنت أبى حبيش انظرى فإذا أتى قرؤك فلا تصلى وإذا مر قرؤك فتطهرى ثم صلى ما بين القرء الى القرء رواه النسائى ولم يعهد فى لسانه استعماله بمعنى الطهر فوجب أن يحمل كلامه على المعهود فى لسانه وقال ﷺ فى الأمة وقرؤها حيضتان ولأن ظاهر قوله يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء وجوب التربص ثلاثة كاملة ومن جعل القروء الاطهار لم يوجب ثلاثة بل يكتفى بطهرين وبعض الثالث فيخالف ظاهر النص

(١) قوله « ولا تعتد بالحيضة الخ » لا نعلم فى ذلك خلافا ورواه البيهقى باسناد رجاله ثقات عن ابن عمر ولان الطلاق فى الحيض انما حرم لأجل تطويل العدة فلو اعتدت بالحيضة التى طلقت فيها لكانت العدة حينئذ أقصر

(٢) قوله « واذا انقطع دمها الخ » الرواية الأولى اختارها أبو الخطاب وابن عبدوس قال فى مسبوك الذهب وهو الصحيح وهو قول سعيد بن جبير والأوزاعى والشافعى فى القديم لقوله تعالى ﴿ يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ وقد كملت القروء لوجوب الغسل عليها والصلاة وفعل الصيام وصحته فيها ولأنه لم يبق =

والرواية الثانية القروء الاطهار . ويعتد بالطهر الذى طلقها فية قرءا ثم اذا طعنت فى الحيضة الثالثة حلت

فصل

الرابع اللائى يئسن من المحيض واللائى لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر ان كن حرائر(١) وان كن إماء فشهران(٢) وعنه ثلاثة وعنه شهر ونصف .

= حكم العدة فى الميراث ووقوع الطلاق بها واللعان والنفقة فكذلك ما نحن فيه والرواية الثانية لاتحل الأزواج حتى تغتسل وهى المذهب قال الزركشى هى انصهما عن احمد وبه قال عمر وعلى وابن مسعود . وروى ذلك عن سعيد بن المسيب والثورى واسحاق . وروى ذلك عن أبى بكر الصديق وعثمان وأبى موسى وعبادة وأبى الدرداء فهذا قول الاكابر من أصحاب رسول الله ﷺ ولا مخالف لهم فى عصرهم فيكون اجماعا

[فائدة] كل فرقة بين الزوجين فى الحياة بعد الدخول فعدة المرأة منها عد الطلاق وهو المذهب سواء كانت بخلع أو لعان اورضاع أو فسخ بعيب او اعسار او اعتاق او اختلاف دين أو غيره فى قول اكثر أهل العلم واكثرهم يقول عدة المختلعة عدة المطلقة منهم سعيد بن المسيب وسالم وسليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز والحسن والشعبى والنخعى والزهرى وقتادة وجلاس بن عمرو وابو عياض ومالك والليث والأوزاعى والشافعى وروى عن عثمان بن عفان وابن عمر وابن عباس وابان بن عثمان واسحاق وابن المنذر ان عدة المختلعة حيضة ورواه ابن القاسم عن احمد واختاره الشيخ تقى الدين فى بقية الفسوخ واومأ اليه فى رواية صالح لما روى ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها فامرها النبى ﷺ ان تعتد بحيضة ورواه ابو داود والنسائى والترمذى وقال حسن غريب وجوابه عموم الآية

(١) قوله « الرابع اللائى يئسن الخ » اجمع اهل العلم على ان عدة الآيسة والحرة الصغير التى لم تحض ثلاثة اشهر لقوله تعالى ﴿ واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ﴾ الآية فعلى المذهب يكون ابتداء العدة من حين وقع الطلاق سواء كان فى اول الليل او النهار او فى اثنائهما

(٢) قوله « وان كن اماء فشهران » هذا المذهب نقله الاكثر عن احمد وعليه الأكثر الأصحاب واحتج فيه بقول عمر رضى الله عنه عدة أم الولد حيضتان ولولم =

وعدة أم الولد عدة الأمة (١) وعدة المعتق بعضها بالحساب من عدة حرة وأمة(٢) . وحد الاياس خمسون سنة(٣) وعنه ان ذلك حده فى نساء العجم ، وحده فى نساء العرب ستون سنة(٤) وان حاضت الصغيرة فى عدتها انتقلت

= تحض كان عدتها شهرين رواه الأثرم عنه باسناده وهذا قول عطاء والزهرى واسحاق واحد اقوال الشافعى وهو من مفردات المذهب وعنه شهر ونصف اختاره ابو بكر وهو قول على رضى الله عنه وروى ذلك عن ابن عمر وابن المسيب وسالم والشعبى والثورى واصحاب الراى وهو قول ثان للشافعى لأن عدة الأمة نصف عدة الحرة وانما كملنا لذات الحيض حيضتين لتعذر تبعيض الحيضة وعنه ثلاثة أشهر روى ذلك عن الحسن ومجاهد وعمر بن عبد العزيز ويحى الأنصارى وربيعة ومالك وهو القول الثالث للشافعى لعموم قوله تعالى ﴿ فعدتهن ثلاثة اشهر ﴾

(١) قوله « وعدة ام الولد الخ » وكذا المكاتبة والمدبرة لأنها امة مملوكة ولان ام الولد امة مملوكة وان أم الولد أمة فى كل احكامها الا فى البيع

(٢) قوله « وعدة المعتق الخ » أى على الخلاف فى الروايات فى عدة الأمة وهو المذهب فعلى الأولى عدتها شهران ونصف وعلى الثالثة شهران وسبعة ايام ونصف

(٣) قوله « وحد الاياس خمسون سنة » هذا المذهب لقول عائشة رضى الله عنها لن ترى المرأة فى بطنها ولدا بعد خمسين سنة

(٤) قوله « وعنه ان ذلك حده الخ » وقد ذكر الزبير بن بكار فى كتاب النسب ان هندا بنت ابى عبيدة بن عبد الله بن زمعة ولدت موسى بن عبد الله ولها ستون سنة قال المصنف والصحيح انها متى بلغت خمسين فانقطع حيضها عن عادتها مرات لغير سبب فقد صارت آيسة وان رأت الدم بعد الخمسين على العادة التى كانت تراه فيها فهو حيض فى الصحيح لان دليل الحيض الوجود فى زمن الإمكان وهذا يمكن وجود الحيض فيه وان كان نادرا انتهى . قال فى الانصاف وهو الصواب الذى لاشك فيه . وعنه حده ستون مطلقا . وعنه بعد الخمسين مشكوك فيه فتصلى وتصوم اختاره الخرقى وناظمه قال فى الجامع الصغير هذا اصح الروايات واختارها الخلال فعليها تصوم وجوبا وعنه استحبابا واختار الشيخ تقى الدين انه لاحد لاكثر سن الحيض وتقدم فى باب الحيض

الى القروء ويلزمها اكمالها (١) وهل يحتسب ماقبل الحيض قرءا اذا قلنا القروء الاطهار ؟ على وجهين (٢) . وان يئست ذات القروء فى عدتها انتقلت الى عدة الآيسات (٣) وان عتقت الأمة الرجعية فى عدتها بنت على عدة حرة وان كانت بائنا بنت على عدة أمة (٤)

فصل

الخامس من ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه اعتدت تسعة أشهر للحمل وثلاثة للعدة (٥) وان كانت أمة اعتدت باحد عشر شهرا ويحتمل ان تقعد للحمل

---

(١) قوله « وان حاضت الصغيرة الخ » اذا اعتدت الصغيرة بالشهور فحاضت قبل انقضاء عدتها بساعة فاكثر لزمها استئناف العدة بالاقراء فى قول عامة فقهاء الأمصار منهم سعيد بن المسيب والحسن ومجاهد وقتادة والشعبى والنخعى والزهرى والثورى ومالك والشافعى واسحاق وابو عبيد واصحاب الراى واهل المدينة والبصرة وذلك لأن الشهور بدل عن الحيض فاذا وجد حكم المبدل بطل حكم البدل

(٢) قوله « وهل يحسب الخ » احدهما لايحسب وهو المذهب وهو ظاهر كلام الشافعى لأن القرء هو الطهر بين حيضتين وهذا لم يتقدمه حيض . والثانى يحتسب قرء صححه فى التصحيح لأنه طهر انتقلت منه الى حيض

(٣) قوله « وان يئست الخ » هذا بلا نزاع لأن الحيضة لاتلفق من حيضتين وقد تعذر اتمامها بالحيض فوجب تكميلها بالاشهر

(٤) قوله « وان عتقت الأمة الخ » بلا نزاع لأن الحرية وجدت وهى زوجة فوجب ان تعتد عدة الحرة وان كانت بائنا بنت على عدة أمة بلا نزاع ايضا لأن الحرية لم توجد وهى زوجة فوجب ان تبنى على عدة أمة وبهذا كله قال الحسن والضحاك واسحاق واصحاب الرأى وهو احد قول الشافعى . والقول الثانى تكمل عدة امة سواء كانت بائنا او برجعية وهو قول مالك وابى ثور لان الحرية طرأت بعد وجوب العدة عليها فلا تغير حكمها وقال عطاء والزهرى وقتادة تبنى على عدة حرة بكل حال

(٥) قوله « اعتدت سنة الخ » هذا المذهب لأن تسعة أشهر غالب مدة الحمل فتتربص فيها لتعلم براءة رحمها فاذا لم يتبين الحمل فيها علم براءة الرحم فتعد بعد ذلك =

أربع سنين(1) وعدة الجارية التى أدركت فلم تحض والمستحاضة الناسية ثلاثة أشهر وعنه سنة(2) فأما التى عرفت ما رفع الحيض من مرض أو رضاع ونحوه فلا تزال فى عدة حتى يعود الحيض فتعتد به الا ان تصير آيسة فتعتد عدة

ــــعدة الآيسات ثلاثة اشهر هذا قول عمر رضى الله عنه قال الشافعى هذا قضاء عمر بين المهاجرين والأنصار لاينكره منكر منهم علمناه وبه قال مالك والشافعى فى احد قوليه وروى ذلك عن الحسن وقال فى قول آخر تتربص اربع سنين أكثر مدة الحمل ثم تعتد بثلاثة اشهر وقال فى الجديد تكون فى عدة ابدا حتى تحيض أو تبلغ سن الإياس فتعتد حينئذ بثلاثة اشهر وهذا قول جابر وزيد وعطاء وطاوس والشعبى والنخعى والزهرى والثورى وابى عبيد وأهل العراق لان الاعتداد بالأشهر جعل بعد الإياس فلم يجز قبله وهذه ليست آيسة ولنا الاجماع الذى حكاه الشافعى

[فائدة] لاتنقضى عدتها بعد السنة بعود الحيض قبل العقد على الصحيح من المذهب للحكم بانقضاء العدة

(١) قوله « وان كانت امة الخ » هذا مبنى على الصحيح من المذهب من ان عدة الأمة التى يئست من الحيض أو لم تحض شهران على ماتقدم لأن مدة الحمل تتساوى فيه الحرة والأمة فاذا أيست من الحمل اعتدت عدة آيسة شهرين

[فائدتان] إذا حاضت حيضة ثم ارتفع حيضها لاتدرى ما رفعه فهى كالمسئلة التى قبلها تعتد سنة من وقت انقطاع الحيض

(الثانية) اذا كانت عادة المرأة ان يتباعد مابين حيضها لم تنقض عدتها الا بثلاث حيضات وان طالت لا نعلم فيه خلافا

(٢) قوله « وعدة الجارية الخ » عدة الجارية التى ادركت سنا يحيض النساء فيه غالبا كخمس عشرة ولم تحض ثلاثة اشهر وبه قال ابو حنيفة والشافعى كالآيسة وكذلك الأمة إذا ادركت عدتها شهران لقوله تعالى ﴿ واللائى يئسن من المحيض ﴾ الآية وهذا الصحيح من المذهب وعنه عدتها كعدة من ارتفع حيضها لاتدرى ما رفعه اختاره القاضى واصحابه والصحيح من المذهب ان عدة المستحاضة الناسية لوقتها والمبتدأة المستحاضة ثلاثة أشهر كالآيسة . وعنه تعتد سنة

[فائدة] لو كانت المستحاضة لها عادة او تمييز فانها تعمل بذلك وان علمت ان لها حيضة فى كل شهر أو شهرين او اربعين يوما ونسيت وقتها فعدتها ثلاثة امثال ذلك

آيسة حينئذ(١)

فصل

السادس امرأة المفقود الذى انقطع خبره لغيبة ظاهرها الهلاك كالذى يفقد من بين أهله او فى مفازة او بين الصفين اذا قتل قوم او من غرق مركبه ونحو ذلك فإنها تتربص أربع سنين ثم تعتد للوفاة(٢) وهل يفتقر الى

---

(١) قوله « فاما التى عرفت الخ » هذا المذهب فى ذلك كله نص عليه وعليه الاصحاب لما روى الشافعى عن سعيد بن سالم عن ابن جريج عن عبدالله بن ابى بكر انه اخبره ان حبان بن منقذ طلق امرأته وهو صحيح وهى مرضع فمكثت سبعة اشهر لا تحيض يمنعها الرضاع ثم مرض حبان فقيل له ان مت ورثتك فجاء الى عثمان واخبره بشأن امرأته وعنده على وزيد فقال لهما عثمان ماتريان فقالا نرى انها ترثة ان مات ويرثها إن ماتت فانها ليست من القواعد اللائى يئسن من المحيض وليست من اللائى لم يحضن ثم هى على عدة حيضها ما كان من قليل وكثير فرجع حبان الى اهله فانتزع البنت منها فلما فقدت الرضاع حاضت حيضة ثم اخرى ثم مات حبان قبل ان تحيض الثالثة فاعتدت عدة الوفاة وورثته رواه البيهقى عن محمد بن يحيى بن حبان بنحوه. وعنه تنتظر زواله ثم ان حاضت اعتدت به والا اعتدت بسنة ذكره محمد بن نصر المروزى عن مالك ومن تابعه منهم احمد وهو ظاهر عيون المسائل والكافى قال فى الانصاف وهو الصواب . ونقل ابن هانىء انها تعتد بسنة ونقل حنبل ان كانت لا تحيض او ارتفع حيضها او صغيرة فعدتها ثلاثة أشهر واختار الشيخ تقى الدين ان علمت عدم عوده فكآيسة والا اعتدت سنة

(٢) قوله « السادس امرأة المفقود الخ » وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب قال الأثرم قيل لأبى عبدالله تذهب الى حديث عمر قال هو احسنها يروى عن عمر من ثمانية وجوه ثم قال زعموا ان عمر رجع عن هذا هؤلاء الكذابين ، قلت فروى من وجه ضعيف ان عمر قال بخلاف هذا قال لاالا ان يكون انسان يكذب . وقلت له مرة ان انسانا قال لى ان ابا عبدالله قد ترك قوله فى المفقود بعدك فضحك ثم قال من ترك هذا القول اى شىء يقول وهذا قول عمر وعثمان وعلى وابن عباس وابن الزبير وبه قال عطاء وعمر بن عبد العزيز والحسن والزهرى وقتادة والليث=

رفع الأمر الى الحاكم ليحكم بضرب المدة وعدة الوفاة ؟ على روايتين(١) . وإذا

=وعلى بن المدينى وعبدالعزيز بن أبى سلمة وبه يقول مالك والشافعى فى القديم إلا ان مالكا قال ليس فى انتظار من يفقد فى القتال وقت وقال أبو قلابة والنخعى والثورى وابن ابى ليلى وأصحاب الراى والشافعى فى الجديد لاتتزوج امراة المفقود حتى يتيقن موته أو فراقه لما روى المغيرة أن النبى ﷺ قال امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها زوجها وروى الحكم وحماد عن على لاتتزوج امراة المفقود حتى يأتى موته او طلاقه. ولنا ماروى الأثرم والجوزجانى والدارقطنى عن عبيد بن عمير قال فقد رجل فى وقت عمر فجاءت امراته الى عمر فذكرت له ذلك فقال انطلقى فتربصى اربع سنين ففعلت ثم اتته فقال انطلقى فاعتدى اربعة اشهر وعشرا ففعلت ثم اتته فقال اين ولى هذا الرجل فجاء وليه فقال طلقها ففعل فقال لها عمر انطلقى فتزوجى من شئت فتزوجت ثم جاء زوجها الأول فقال له عمر اين كنت فقال ياامير المؤمنين استهوتنى الشياطين فوالله مادرى فى اى ارض الله كنت عندقوم يستعبدوننى حتى اغتزاهم منهم قوم مسلمون فكنت فيما غنموه فقالوا لى انت رجل من الانس وهؤلاء الجن فمالك ولهم فاخبرتهم خبرى فقالوا بأى ارض الله تحب أن تصبح قلت المدينة هى ارضى فاصبحت وانا انظر الى الحرة. فخيره عمر ان شاء امراته او شاء الصداق فاختار الصداق وقال قد حبلت لاحاجة لى فيها ورواه الجوزجانى وغيره باسنادهم عن على مثله وقضى به عثمان وابن الزبير فى مولاة لهم وهذه قضايا اشتهرت فى الصحابة فلم تنكر فكانت اجماعا وحديث المغيرة لم يثبت ولم يروه اصحاب السنن

[فائدتان] تربص الأمة كالحرة فى ذلك على الصحيح من المذهب وقال القاضى تتربص على النصف من الحرة

(الثانية) هل تجب لها النفقة فى مدة العدة ام لا فيه وجهان احدهما لا يجب وهو الذى ذكره ابن الزاغونى فى الاقناع قال المجد فى شرحه هو قياس المذهب عندى لأنه حكم بوفاته بعد مدة الانتظار فصارت معتدة للوفاة . والثانى تجب قاله القاضى لأن النفقة لا تسقط الا بيقين الموت ولم يوجد هنا وذكره فى المغنى وزاد ان نفقتها لا تسقط بعد المدة لأنها باقية على نكاحه ما لم تتزوج او يفرق الحاكم بينهما قال فى الانصاف فعلى الثانى يعايا بها

(١) قوله « وهل يفتقر الى رفع الأمر الخ » إحداهما يفتقر الى ذلك فيكون=

حكم الحاكم بالفرقة نفذ حكمه فى الظاهر دون الباطن[١] فلو طلق الاول صح طلاقه ويتخرج ان ينفذ حكمه باطنا فينفسخ نكاح الاول ولا يقع طلاقه ، وإذا فعلت ذلك ثم تزوجت ثم قدم زوجها الأول ردت اليه ان كان قبل دخول الثانى بها[٢] وان كان بعده خير الأول بين أخذها وبين تركها مع الثانى[٣]

= ابتداء المدة من حين ضربها الحاكم والثانية لا يفتقر الى ذلك : قال الشيخ تقى الدين لا يعتبر الحاكم على الأصح فلو مضت العدة والمدة تزوجت واختاره ابن عبدوس قال فى الانصاف وهو الصواب قلت وجزم به فى الاقناع لانها مدة تعتبر لاباحة النكاح فلم تفتقر الى الحاكم كمدة من ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه فيكون ابتداء المدة من حين انقطع خبره

[تنبيه] ظاهر كلامه انه لا يشترط ان يطلقها ولى زوجها بعد اعتدادها للوفاة وهو احدى الروايتين والمذهب منهما قال فى الانصاف وهو الصواب قال المصنف والشارح وهو القياس وهو قول ابن عمر وابن عباس فان ولى الرجل لا ولاية له فى طلاق امرأته ولاننا حكمنا عليها بعدة الوفاة فلا يجب عليها مع ذلك عدة الطلاق

(١) قوله « واذا حكم الحاكم بالفرقة الخ » وكذا لو ظاهر منها صح ظهاره وهذا المذهب لاننا حكمنا بالفرقة بناء على ان الظاهر هلاكه فاذا ثبتت حياته انتقض ذلك الظاهر ولم يبطل طلاقه كما لو شهدت به بينة كاذبة ولذلك خير فى أخذها

[فائدة] لو تزوجت امرأة المفقود قبل الزمان المعتبر ثم تبين أنه كان ميتا أو انه طلقها قبل ذلك بمدة تنقضى فيها العدة ففى صحة النكاح قولان ذكرهما القاضى الصحيح منهما عدم الصحة اختاره المصنف والشارح

(٢) قوله « وإذا فعلت ذلك الخ » هذا المذهب نص عليه لاننا تبينا حياته . وكذا ان قدم بعد التزويج وقبل الدخول فانها ترد اليه وليس على الثانى صداق لاننا تبينا ان النكاح باطل ولم يتصل به دخول قال احمد اما قبل الدخول فهى امرأته وانما يخير بعد الدخول وهذا قول عطاء والحسن وجلاس بن عمرو وقتادة ومالك واسحاق

(٣) قوله « وان قدم بعد دخول الثانى الخ » وهذا المذهب وهو من مفرداته قاله فى الانصاف وقال الشارح وهذا قول مالك لإجماع الصحابة فروى معمر عن =

ويأخـــذ صداقها منه[١] وهل يأخذ صداقها الذى أعطاها الثانى ؟ على روايتين[٢] . والقياس ان ترد الى الأول ولا خيار الا ان يفرق الحاكم بينهما ونقول بوقوع الفرقة باطنا فتكون زوجة الثانى بكل حال ، وعنه التوقف فى أمره والمذهب الأول . فأما من انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة كالتاجر والسائح فان امرأته تبقى أبدا الى أن يتيقن موته[٣]، وعنه انها تتربص تسعين

=الزهرى عن سعيد بن المسيب ان عمر وعثمان قالا ان جاء زوجها الاول خير بين المرأة وبين الصداق الذى ساق هو رواه الجوزجانى والأثرم وقضى به ابن الزبير ولم يعرف لهم مخالف فى عصرهم فيكون اجماعا فعلى هذا ان امسكها الاول فهى زوجته بالعقد السابق ولا يحتاج الثانى الى طلاق فى المنصوص لأن نكاحه كان باطلا فى الباطن ويجب على الأول اعتزالها حتى تنقضى عدتها من الثانى وان لم يخترها الأول فانها تكون مع الثانى بغير عقد جديد على الصحيح من المذهب وقال المصنف الصحيح انه يجب ان يجدد العقد لاننا تبينا بطلان عقده بمجىء الأول وقال الشيخ تقى الدين هى زوجة الثانى باطنا وظاهرا وجعل فى الروضة التخيير المذكور لهما فأيهما اختارته ردت على الآخر ما أخذته منه . انتهى

(١) قوله « ويأخذ صداقها منه » يعنى اذا تركها الأول للثانى اخذ صداقها منه وهذا المذهب وعليه الأصحاب لقضاء الصحابة بذلك

(٢) قوله « وهل يأخذ الخ » إحداهما يرجع بقدر صداقها الذى أعطاها هو لا الثانى وهو المذهب لقضاء عثمان وعلى وهو قول الحسن والزهرى وقتادة وعلى بن المدينى ولانه اتلف عليه المعوض فرجع بالعوض وعنه يأخذ الذى أعطاها الثانى وعلى كلا الروايتين يرجع الثانى على الزوجة بما أخذه الاول منه على الصحيح وعنه لا يرجع به عليها

(٣) قوله « فأما من انقطع خبره الخ » هذا إحدى الروايات قال الشارح هذا المذهب روى ذلك عن على واليه ذهب ابن شبرمة وابن ابى ليلى والثورى وأبو حنيفة والشافعى فى الجديد وروى ذلك عن ابى قلابة والنخعى وأبى عبيد وقال مالك والشافعى فى القديم تتربص اربع سنين وتعتد للوفاة اربعة اشهر وعشرا وتحل للازواج لأنه إذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالغيبة وتعذر النفقة بالإعسار فلأن يجوز ههنا لتعذر الجميع اولى واحتجوا بحديث عمر الذى ذكرناه فى المفقود مع موافقة الصحابة وتركهم انكاره

عاما مع سنة يوم ولد ثم تحل(١) وكذلك امرأة الأسير . ومن طلقها زوجها أو مات عنها وهو غائب عنها فعدتها من يوم مات أو طلق(٢)، وعنه ان ثبت ذلك ببينة فكذلك والا فعدتها من يوم بلغها الخبر . وعدة الموطوءة بشبهة عدة المطلقة (٣) وكذلك عدة المزنى بها (٤) وعنه انها تستبرىء بحيضة

---

(١) قوله « وعنه أنها تتربص تسعين عاما الخ » وهذا المذهب وقد قدمه المصنف فى هذا الكتاب فى باب ميراث المفقود وهو من مفردات المذهب لأن الظاهر انه لا يعيش اكثر منها ، ووجه الأولى انها غيبة ظاهرها السلامة فلم يحكم بموته كما قبل التسعين

[فائدة] اذا كانت غيبته غير منقطعة يعرف خبره ويأتى كتابه فهذا ليس لامرأته ان تتزوج فى قول اهل العلم اجمعين الا ان يتعذر الانفاق عليها من ماله فلها ان تطلب فسخ النكاح فيفسخ ، واجمعوا على أن امرأة الأسير لاتنكح حتى تعلم يقين وفاته وهذا قول النخعى والزهرى ويحى الأنصارى ومكحول والشافعى وأبى عبيد وابى ثور واسحاق وأصحاب الرأى واذا أبق العبد فزوجته على الزوجية حتى تعلم موته أو ردته وبه قال الأوزاعى والثورى والشافعى واسحاق ،وقال الحسن اباقه طلاقه

(٢) قوله « ومن طلقها زوجها الخ » وهذا المذهب مطلقا وعليه الأصحاب وهذا قول عمر وابن عباس وابن مسعود ومسروق وعطاء وجابر بن زيد وابن سيرين ومجاهد وسعيد بن جبير وعكرمة وطاوس وسليمان بن يسار وابى قلابة وأبى العالية والنخعى ونافع ومالك والشافعى واسحاق وابى عبيد وأبى ثور وأصحاب الرأى لأنها لو كانت حاملا فوضعت غير عالمة بفرقة زوجها لها انقضت عدتها فكذا سائر انواع العدد

(٣) قوله « وعدة الموطوءة بشبهة الخ » هذا المذهب وهو من مفرداته قاله فى الانصاف وقال الشارح وكذلك الموطوءة فى نكاح فاسد وبه قال الشافعى لأن وطء الشبهة والنكاح الفاسد فى شغل الرحم ولحوق النسب كالوطء فى النكاح الصحيح فكان مثله ، واختار الشيخ تقى الدين أن كل واحدة منهما تستبرا بحيضة

(٤) قوله « وكذلك عدة المزنى بها » وهذا المذهب وبه قال الحسن والنخعى وهو من مفردات المذهب وعنه تستبرأ بحيضة وهوقول مالك واختاره الحلوانى

فصل

اذا وطئت المعتدة بشبهة أو غيرها أتمت عدة الأول ثم استأنفت العدة من الوطء[١] وان كانت بائنافأصابها المطلق عمدا فكذلك[٢] وان أصابها بشبهة استأنفت العدة للوطء ودخلت فيها بقية الاولى[٣] وان تزوجت فى عدتها لم تنقطع عدتها حتى يدخل بها فتنقطع حينئذ[٤] ثم اذا فارقها بنت على عدتها من

= وابن رزين والشيخ تقى الدين واختاره أيضا فى كل فسخ وطلاق ثلاث ولأن المقصود به معرفة البراءة من الحمل . وروى عن أبى بكر وعمر رضى الله عنهما لا عدة عليها وهو قول الثورى والشافعى وأصحاب الرأى لأن العدة لحفظ النسب ولا يلحقه النسب وقد روى عن على ما يدل على ذلك

[فائدة] من وطئت امرأته او سريته بشبهة أو زنا حرمت عليه حتى تعتد وفيما دون الفرج وجهان

(١) قوله « اذا وطئت المعتدة الخ » انما كان كذلك لأن العدة من رجلين لا يتداخلان لكونهما حقين لرجلين اشبه الدينين فتتم عدة الأول لأن حقه اسبق لكن لا يحسب منها مدة مقامها عند الواطىء الثانى على الصحيح من المذهب ، وقيل يحسب منها وجزم به القاضى والشريف وابو الخطاب فى خلافاتهم،وله رجعتها فى مدة تتمة العدة على الصحيح من المذهب وقيل ليس له رجعتها وجزم به القاضى فى خلافه فاذا فرغت من عدة الأول اعتدت للثانى على المذهب

على قوله « بشبهة او غيرها » * كنكاح فاسد

(٢) قوله « وان كانت بائنا الخ » يعنى انها كالموطوءة بشبهة من الأجنبى فى عدتها وهذا المذهب لأنه وطء محرم لا يلحق فيه النسب ولأن العدة الأولى عدة طلاق والثانية عدة زنا

(٣) قوله « وان أصابها بشبهة الخ » هذا المذهب لأن الوطء قطع العدة الأولى وهو موجب للاعتداد وتدخل فيه بقية الأول لأن الوطء بشبهة يلحق به النسب

(٤) قوله « وان تزوجت فى عدتها الخ » وجملته ان المعتدة لا يجوز لها ان تنكح فى عدتها اجماعا لقوله ﴿ ولا تعزموا عقدة النكاح ﴾ الآية فان تزوجت فالنكاح =

الأول واستأنفت العدة من الثانى(١) وان أتت بولد من احدهما انقضت عدتها به منه ثم اعتدت للآخر ايهما كان ، وان أمكن ان يكون منهما أرى القافة معهما فألحق بمن ألحقوه به منهما وانقضت عدتها به منه واعتدت للآخر وإن ألحقته بهما الحق بهما وانقضت به عدتها منهما ، وللثانى ان ينكحها بعد انقضاء العدتين (٢). وعنه أنها تحرم عليه على التأبيد . وان وطىء رجلان امرأة فعليها عدتان لهما

= باطل ويجب ان يفرق بينه وبينها فان لم يدخل بها فالعدة بحالها لا تنقطع بالعقد الثانى لأنه باطل ولا تستحق عليه بالعقد شيئا وتسقط نفقتها وسكناها عن الزوج الأول لأنها ناشز وان وطئها انقطعت العدة

(١) قوله « ثم اذا فارقها بنت على عدة الأول الخ » اى لان عدة الأول اسبق فاذا كملت عدة الأول وجب عليها ان تعتد للثانى ولا تتداخل العدتان وهذا مذهب الشافعى وقال ابو حنيفة يتداخلان فتأتى بثلاثة قروء بعد مفارقة الثانى . ولنا ماروى مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار ان طليحة كانت تحت رشيد الثقفى فطلقها ونكحت فى عدتها فضربها عمر بن الخطاب ضربات وضرب زوجها ضربات مخففة وفرق بينهما ثم قال ايما امرأة نكحت فى عدتها فان كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول وكان خاطبا من الخطاب وان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر ولا ينكحها ابدا وروى باسناده عن على رضى الله عنه انه قضى فى التى تزوج فى عدتها انه يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فرجها وتكمل ما افسدت من عدة الأول وتعتد من الآخر وهذان قولا سيدين من الخلفاء لم يعرف لهما فى الصحابة مخالف .

على قوله « ثم اعتدت للآخر ايهما كان » * هذا المذهب

(٢) قوله « وللثانى أن ينكحها الخ » هذا المذهب ونصره المصنف وبه قال الشافعى فى الجديد فانه قال له نكاحها بعد قضاء عدة الاول ولا يمتنع من نكاحها فى عدتها منه لان العدة انما شرعت لحفظ النسب وصيانة للماء والنسب لاحق به وروى عن عمر انه رجع الى قول على فان عليا قال اذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب فقال عمر ردوا الجهالات الى السنة ورجع الى قول على وقياسهم يبطل بما =

فصل

وإذا طلقها واحدة فلم تنقض عدتها حتى طلقها ثانيا بنت على ما مضى من العدة[1]. وان راجعها ثم طلقها بعد دخوله بها استأنفت العدة[2]. وان طلقها قبل دخوله بها فهل تبنى او تستأنف ؟ على روايتين [3]. وان طلقها طلاقا بائنا ثم نكحها فى عدتها ثم طلقها فيها قبل دخوله بها فعلى روايتين أولاهما انها تبنى على ما مضى من العدة الاولى لان هذا طلاق من نكاح لا دخول فيه فلا يوجب عدة[4]

= اذا زنا بها فانه قد استعجل وطئها ولا تحرم عليه على التابيد وعنه تحرم على التأبيد وبه قال مالك والشافعى فى القديم لقول عمر لاينكحها ابدا رواه مالك والشافعى والبيهقى باسناد جيد

[فائدة] كل معتدة من غير النكاح الصحيح كالزانية والموطوءة بشبهة او نكاح فاسد فقياس المذهب تحريم نكاحها على الواطىء وغيره قاله الشارح وقال المصنف والأولى حل نكاحها لمن هى معتدة منه ان كان يلحقه نسب ولدها لأن العدة لحفظ مائه وصيانة نسبه ومن لا يلحقه نسب ولدها كالزانية لا يحل له نكاحها لانه يفضى الى اشتباه النسب

[فائدة] اذا خالع الرجل امرأته او فسخ نكاحه فله ان يتزوجها فى عدتها فى قول الجمهور وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والزهرى والحسن وقتادة ومالك والشافعى واصحاب الرأى لأن العدة لحفظ نسبه وصيانته ولايصان ماؤه عن مائه

(١) قوله « اذا طلقها واحدة الخ » أى بلا نزاع لأنهما طلاقان لم يتخللهما وطء ولا رجعة

(٢) قوله « وان راجعها الخ » هذا بلا نزاع فتستأنفها من الطلاق الثانى لأنه طلاق من نكاح اتصل به المسيس

(٣) قوله « وان طلقها قبل الخ » احداهما تستأنف كمن فسخت بعد الرجعة بعتق او غيره وهو المذهب والثانية تبنى لأن الرجعة لاتزيد على النكاح الجديد ولو نكحها ثم طلقها قبل المسيس لم يلزم لذلك عدة طلاق فكذلك الرجعة واختار هذه القاضى واصحابه

(٤) قوله « وان طلقها طلاقا بائنا الخ » وهذا المذهب بلا ريب وبه قال =

فصل

ويجب الاحداد على المعتدة من الوفاة (١) وهل يجب على البائن ؟ على روايتين (٢) ولا يجب على الرجعية والموطوءة بشبهة او زنا او فى نكاح فاسد او بملك يمين (٣) وسواء فى الاحداد المسلمة والذمية والمكلفة وغيرها (٤) والاحداد

═ الشافعى ومحمد بن الحسن لأنه طلاق فى نكاح قبل المسيس فلم يوجب عدة لعموم قوله ﴿ ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ﴾ الآية قال القاضى فى كتاب الروايتين لا يلزمها استئناف العدة رواية واحدة والثانية تستأنف وهو قول ابى حنيفة لأنه طلاق لا يخلو من عدة فاوجب عدة مستأنفة كالأول

(١) قوله « ويجب الاحداد على المعتدة » هذا بلا نزاع فى المذهب ولا نعلم فيه خلافا بين اهل العلم الا الحسن فانه قال لايجب وهو قول خالف السنة فلا يعرج عليه

(٢) قوله « وهل يجب على البائن الخ » احداهما يجب وعليه اكثر الأصحاب ، قال فى الفروع اختاره الأكثر ، قال الزركشى اختاره الخرقى والقاضى وعامة اصحابه وجزم به فى الوجيز وتذكرة ابن عبدوس وبه قال سعيد بن المسيب وابو ثور واصحاب الرأى . والثانية لا يجب وهو المذهب على المصطلح اختاره ابو بكر فى الخلاف وابن شهاب والمصنف فى العمدة وجزم به فى المنور ومنتخب الآدمى وبه قال عطاء وربيعة ومالك وابن المنذر ونحوه قول الشافعى لقوله ﷺ لا يحل لامراة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج اربعة اشهر وعشرا فدل على انه لايجب الا فى عدة الوفاة وروت أم سلمة ان النبى ﷺ قال المتوفى عنها زوجها لاتلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق ولا الحلى ولا تختضب ولا تكتحل رواه احمد وابو داود والنسائى ووجه الأولى انها معتدة من نكاح بائن فلزمها الاحداد كالمتوفى عنها

[فائدة] حيث قلنا لايجب الاحداد فانه يجوز اجماعا لكن لايسن ذكره فى الرعاية

(٣) قوله « ولا يجب فى نكاح فاسد » هذا المذهب وعليه اكثر الأصحاب وقال القاضى فى الجامع المنصوص يلزم الإحداد فى نكاح فاسد وجزم به فى القواعد الأصولية

(٤) قوله « وسواء فى الاحداد الخ » هذا المذهب وقال اصحاب الرأى لا ═

اجتناب الزينة والطيب والتحسين كلبس الحلى[١] والملون من الثياب للتحسين كالأحمر والأصفر والأخضر الصافى والأزرق الصافى[٢] واجتناب الحنا والخضاب[٣] والكحل الاسود[٤]

= احداد على ذمية ولاصغيرة لانهما غير مكلفتين ولنا عموم الأحاديث ولان غير المكلفة تساوى المكلفة فى اجتناب المحرمات وانما يفترقان فى الاثم

(١) قوله « والاحداد الخ » وجملته أن الحادة يجب عليها اجتناب ما يدعو الى نكاحها ويرغب فى النظر اليها وذلك اربعة امور احدها الطيب ولا خلاف فى تحريمه عند من اوجب الاحداد لقوله ﷺ لاتمس طيبا الاعند ادنى طهرها اذا طهرت نبذة قسط او اظفار متفق عليه ولايحل لها استعمال الأدهان المطيبة كدهن الورد والبنفسج والياسمين وما اشبهه . الثانى اجتناب الزينة وذلك واجب فى قول عامة اهل العلم قالت ام سلمة دخل على النبى ﷺ حين توفى ابو سلمة وقد جعلت على عينى صبرا فقال ماهذا يا ام سلمة فقلت انما هو صبر ليس فيه طيب قال انه يشب الوجه فلا تجعليه الا بالليل وتنزعيه بالنهار رواه ابو داود والنسائى والبيهقى باسناد فيه جماعة لا يحتج بهم ويحرم لبس الحلى كالسوار والدملج والخاتم ولا فرق بين ان يكون من فضة او ذهب وقال عطاء يباح حلى الفضة وجوابه عموم النهى

(٢) قوله « والملون من الثياب الخ » لقوله عليه الصلاة والسلام لا تلبس ثوبا مصبوغا الا ثوب عصب وفى حديث ام سلمة ولا تلبس المعصفر من الثياب والممشق وفيه تنبيه على أن الأخضر غير الصافى والأزرق غير الصافى لايحرم عليها لبسه لأن ذلك لا يلبس للتحسين عادة ولم يكن ذلك زينة والمذهب انه يحرم ماصبغ غزله ثم نسج كالمصبوغ بعد نسجه

(٣) قوله « واجتناب الحنا الخ » لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث أم سلمة ولا تختضب

(٤) قوله « والكحل الأسود » لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث ام عطية ولا تكتحل ومراده اذا لم يكن حاجة قاله فى الفروع وغيره قال المصنف والشارح فان اضطرت الحاده الى الكحل بالاثمد للتداوى فلها ان تكتحل ليلا وتمسحه نهارا وقطعوا به وممن اجازه مع الحاجة عطاء والنخعى ومالك واصحاب الرأى وافتت به ام سلمة قال فى الانصاف وذلك معارض بماجاء فى الصحيحين ان امرأة جاءت =

والحفاف[١] واسفيداج العرائس وتحمير الوجه ونحوه . ولا يحرم عليها الابيض من الثياب وان كان حسنا ولا الملون لدفع الوسخ كالكحلى ونحوه وقال الخرقى وتجتنب النقاب

فصل

وتجب عدة الوفاة فى المنزل الذى وجبت فيه[٢] الا ان تدعو ضرورة الى خروجها منه بأن يحولها مالكه او تخشى على نفسها فتنتقل ولا تخرج ليلا ولها الخروج نهارا فى حوائجها وان أذن لها زوجها فى النقلة الى بلد للسكنى

= الى النبى ﷺ فقالت يارسول الله ان ابنتى توفى عنها زوجها وقد اشتكت عينها افنكحلها فقال لا مرتين فيحتمل ان يكون ذلك منسوخا ويحتمل انه كان يمكنها التداوى بغيره فمنعها من التداوى به ويحتمل انها لم تكن وصلت الى الاضطرار إلى ذلك . انتهى

(١) قوله « والحفاف » هذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وقال فى المطلع والمحرم عليها انما هو نتف وجهها فاما حلقه وجفه فهو مباح نص عليه اصحابنا

[فائدة] لاتمنع من التنظيف بتقليم الأظفار ونتف الابط وحلق الشعر المندوب الى حلقه ولا من الاغتسال بالسدر والامتشاط

(٢) قوله « وتجب العدة الخ » روى ذلك عن عمر وعثمان وابن عمر وابن مسعود وام سلمة وبه يقول مالك والثورى وابو حنيفة والشافعى واسحاق قال ابن عبد البر وبه يقول جماعة فقهاء الأمصار وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء تعتد حيث شاءت وروى ذلك عن على وابن عباس وجابر وعائشة قال ابن عباس نسخت هذه الآية عدتها عند أهله وسكنت فى وصيتها وان شاءت خرجت لقول الله ﴿ فان خرجن فلا جناح عليكم فيما فعلن فى انفسهن ﴾ قال عطاء ثم جاء الميراث فنسخ السكن تعتد حيث شاءت رواهما ابو داود ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لفريعة امكثى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله فاعتدت اربعة اشهر وعشرا فلما كان عثمان ارسل الى فسألنى عن ذلك فاخبرته فاتبعه وقضى به رواه مالك واحمد وابو داود وصححه الترمذى . وسواء كان المنزل لزوجها او غيره فان اتاها الخبر فى مسكنها رجعت اليه

فيه فمات قبل مفارقة البنيان لزمها العود الى منزلها وان مات بعده فلها الخيار بين البلدين . وان سافر بها ثم مات فى الطريق وهى قريبة لزمها العود وان تباعدت خيرت بين البلدين . وان أذن لها فى الحج فأحرمت به ثم مات فخشيت فوات الحج مضت فى سفرها [١] وان لم تخش وهى فى بلدها أو قريبة يمكنها العود أقامت لتقضى العدة فى منزلها والا مضت فى سفرها وان لم تكن أحرمت او احرمت بعد موته فحكمها حكم من لم يخش الفوات وأما المبتوتة فلا تجب عليها العدة فى منزله وتعتد حيث شاءت نص عليه [٢]

---

(١) قوله « وان اذن لها فى الحج الخ » وجملته ان المعتدة ليس لها ان تخرج الى الحج ولا غيره روى ذلك عن عمر وعثمان وبه قال سعيد بن المسيب ومالك والشافعى والثورى واصحاب الراى فان خرجت فمات زوجها فى الطريق رجعت ان كانت قريبة لأنها فى حكم الاقامة فان تباعدت مضت فى سفرها وقال مالك ترد مالم تحرم والصحيح ما ذكرنا لانه يضر بها وعليها مشقة ولابد لها من سفر وان رجعت ويحد القريب بما لاتقصر فيه الصلاة والبعيد بما تقصر فيه الصلاة وهو قول ابى حنيفة الا انه لايرى القصر الا فى مدة ثلاثة ايام فعلى قوله متى كان بينها وبين مسكنها ثلاثة ايام لزمها الرجوع اليه وقال الشافعى ان فارقت البنيان فلها الخيار بين الرجوع والتمام لانها صارت فى موضع اذن زوجها فيه ولنا على وجوب الرجوع على القريبة ماروى سعيد باسناده عن سعيد بن المسيب قال توفى ازواج نساء وهن حاجات او معتمرات فردهن عمر من ذى الحليفة حتى يعتددن فى بيوتهن ولوكان عليها حجة الاسلام فمات زوجها لزمها العدة فى منزلها وان فاتها الحج لان العدة فى المنزل تفوت ولا بدل لها والحج يمكن الاتيان به بعدها فان مات بعد احرامها بالحج الفرض او بحج اذن لها فيه وكان وقت الحج متسعاً لا تخاف فوته ولا فوت الرفقة لزمها الاعتداد فى منزلها وان خشيت فوات الحج لزمها المضى فيه وهو قول الشافعى، وقال ابو حنيفة يلزمها المقام . ولنا انهما عبادتان استويا فى الوجوب وضيق الوقت فوجب تقديم الأسبق منهما كما لو سبقت العدة

(٢) قوله « واما المبتوتة الخ » هذا المذهب نص عليه لما روت فاطمة بنت قيس ان ابا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب فارسل اليها بشىء فسخطته فقال والله مالك علينا من شىء فجاءت النبى ﷺ فذكرت ذلك له فقال لها ليس لك عليه

باب فى استبراء الاماء

ويجب الاستبراء فى ثلاثة مواضع (أحدها) اذا ملك أمة لم يحل له وطؤها[١] ولا الاستمتاع بها بمباشرة ولا قبلة حتى يستبرئها[٢]، الا المسبية هل له الاستمتاع بها فيما دون الفرج؟ على روايتين[٣]. سواء ملكها من صغير أو

= نفقة ولا سكنى وامرها ان تعتد عند ام شريك ثم قال تلك امراة يغشاها اصحابى اعتدى فى بيت ابن ام مكتوم متفق عليه . وانكار عمر وعائشة ذلك يجاب عنه . وعنه انها كالمتوفى عنها زوجها

(١) قوله «أحدها إذا ملك أمة الخ» من ملك امة بسبب من اسباب الملك كالبيع والهبة والارث وغير ذلك لم يحل له وطئها حتى يستبرئها بكرا كانت او ثيبا صغيرة أو كبيرة ممن تحمل أو لاتحمل هذا قول اكثر اهل العلم منهم الحسن وابن سيرين ومالك والشافعى واصحاب الراى وقال ابن عمر لايجب استبراء البكر وهو قول داود لأن الغرض بالاستبراء معرفة براءة رحمها من الحمل وهذا معلوم فى البكر وقال الليث ان كانت ممن لايحمل مثلها لم يجب استبراؤها . ولنا ماروى ابو سعيد مرفوعا قال لاتوطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض رواه احمد وابو داود والبيهقى باسناد جيد وفيه شريك القاضى وعن رويفع بن ثابت قال انى لا اقول الا ماسمعت رسول الله ﷺ يقول سمعته يقول لايحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر ان يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها بحيضة رواه ابو داود

(٢) قوله «ويحرم الاستمتاع الخ» هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب وجزم به فى المغنى والشرح وغيرهما قال فى الشرح لايجوز رواية واحدة وعنه يختص التحريم بمن تحيض فيجوز الاستمتاع والوطء بمن لا تحيض وعنه يختص التحريم بالوطء فقط ذكرها فى الارشاد وهو قول الحسن لأنه ﷺ انما نهى عن الوطء واختاره ابن القيم فى الهدى واحتج بجواز الخلوة والنظر وقال لا اعلم فى جواز هذا نزاعا ووجه الأولى انه لايأمن ان تكون حاملا من مالكها الأول فتكون ام ولد فيحصل الاستمتاع بأم ولد غيره واختار الشيخ تقى الدين جواز وطء البكر ولو كانت كبيرة والآيسة اذا اخبره صادق انه لم يطأ أوانه استبرأ

(٣) قوله «الا المسبية الخ» يعنى لذا منعنا الاستمتاع بغير المسبية احداهما =

كبير أو رجل او امرأة (١). وان أعتقها قبل استبرائها لم يحل له نكاحها حتى يستبرئها (٢) ولها نكاح غيره ان لم يكن بائعها يطأها (٣) والصغيرة التى لا يوطأ مثلها هل يجب استبراؤها ؟ على وجهين (٤) . وان اشترى زوجته أو عجزت مكاتبته أو فك أمته من الرهن او اسلمت المجوسية أو المرتدة أو الوثنية او التى حاضت عنده او كان هو المرتد فأسلم او اشترى مكاتبه ذوات رحمه فحضن عنده ثم عجز أو اشترى عبده التاجر أمة فاستبرأها ثم أخذها سيده حلت

= لايحل وهو المذهب لانه يحرم الوطء فحرم دواعيه كالعدة والثانية يحل وجزم به ابن البنا والشيرازى وصححه فى البلغة والقاضى فى المجرد لفعل ابن عمر

(١) قوله « سواء ملكها من صغير الخ » وهذا المذهب وعليه الأصحاب وسواء ملكها من مجبوب او من رجل قد استبرأها ثم لم يطأها لحديث ابى سعيد وعنه لا يلزم الاستبراء اذا ملكها من طفل او امرأة قلت وهو مقتضى قواعد الشيخ تقى الدين قاله فى الانصاف

[فائدة] لو ملكتها امراة من امرأة اخرى لم يجب استبراؤهـا على الصحيح من المذهب وقديقال هذا ظاهر كلام المصنف وعنه يلزم استبراؤها

(٢) قوله « وان اعتقها قبل الخ » هـذا المذهب وعليه الأصحاب وعنه يحل نكاحها ولايطأ حتى تستبرأ فعلى المذهب لوخالف وعقد النكاح لم يصح على الصحيح لان النكاح يراد للوطء وذلك حرام قال الحنفية له ذلك ويروى ان الرشيد اشترى جارية فافتاه ابو يوسف بذلك

(٣) قوله « ولها نكاح غيره الخ » هذا احدى الروايتين لأنها حرة لم تكن فراشا فكان لها نكاح غير معتقها وعنه ليس لها ذلك وهو المذهب على المصطلح

[فائدة] لو أراد السيد تزويج امته قبل عتقها ولم يكن يطأها قبل ذلك فحكمه حكم مالو اعتقها واراد تزويجها ولم يكن يطأها على ماتقدم

(٤) قوله « والصغيرة الخ » وهما روايتان احدهما لايجب الاستبراء وهو المذهب وصححه المصنف فى المغنى والشرح وهو قول مالك لان سبب الاباحة متحقق وليس على تحريمها دليل والثانية يجب وهو ظاهر كلامه فى اكثر الروايات عنه فانه قال تستبرأ ولو كانت فى المهد

بغير استبراء [١]. وان وجد الاستبراء فى يد البائع قبل القبض أجزأ وعنه لا يجزىء [٢]. وان باع أمته ثم عادت اليه بفسخ او غيره بعد القبض وجب استبراؤها وان كان قبله فعلى روايتين [٣] وان اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج قبل الدخول لزمه استبراؤها [٤] وان كان بعده لم يجب فى أحد الوجهين [٥] (الثانى) اذا وطىء أمته ثم اراد تزويجها لم يجز حتى يستبرئها [٦] وان اراد بيعها فعلى

---

(١) قوله « وان اشترى زوجته الخ » هذا المذهب فى ذلك كله

(٢) قوله « وان وجد الاستبراء الخ » هذا المذهب لأن الملك ينتقل به

[فوائد] الأولى وكيل البائع اذا وجد الاستبراء فى يده كالبائع على الصحيح من المذهب

(الثانية) قال فى المحرر ويجزى استبراء من ملكها بشراء أو وصية او غنيمة او غيرها قبل القبض وعنه لا يجزى

(الثالثة) لو حصل استبراء زمن الخيار ففى اجزائه روايتان

(٣) قوله « وان باع أمته الخ » اما اذا عادت اليه بعد القبض وافتراقهما لزمه استبراؤها لأنه تجديد ملك سواء كان المشترى لها رجلا او امرأة وان كان ذلك قبل افتراقهما وقبل غيبة المشترى بالجارية فعليه الاستبراء ايضا فى احدى الروايتين وهو المذهب وهو مذهب الشافعى لانه تجديد ملك والثانية ليس عليه استبراء اختاره ابن عبدوس فى تذكرته وهو قول ابى حنيفة اذا تقايلا قبل القبض لأنه فائدة فى الاستبراء مع يقين البراءة

(٤) قوله « وان اشترى أمة مزوجة الخ » اذا كان قبل الدخول لزم استبرؤاها بلا نزاع اعلمه و نص عليه قال احمد هذه حيلة وضعها اهل الرأى لا بد من استبرائها لأنها تجدد الملك فيها

(٥) قوله « وان كان بعده الخ » اكتفاء بالعدة وهو المذهب صححه فى المغنى والشرح

[فائدة] مثل ذلك خلافا ومذهبا لو اشترى امة معتدة أو مزوجة فمات زوجها

(٦) قوله « الثانى اذا وطىء أمته الخ » فان فعل لم ينعقد العقد هذا المذهب جزم به فى المغنى والشرح لأن الزوج لا يلزمه استبراء فيفضى الى اختلاط المياه واشتباه الأنساب . وعنه يصح من غير استبراء فيصح العقد ولا يطأ الزوج حتى يستبرىء

روايتين(١) وان لم يطأها لم يلزمه استبراؤها فى الموضعين(٢) (الثالث) اذا اعتق ام ولده او امة كان يصيبها او مات عنها لزمها استبراء نفسها (٣) الا ان تكون مزوجة أو معتدة فلا يلزمها استبراء(٤) وان مات زوج ام ولد اوسيدها ولم يعلم السابق منهما وبين موتهما أقل من شهرين وخمسة ايام لزمها بعد موت الآخر منهما عدة الحرة من الوفاة حسبُ وان كان بينهما أكثر من ذلك او جهلت المدة لزمها بعد موت الآخر منهما أطول الأمرين من عدة الحرة او الاستبراء وان اشترك رجلان فى وطء أمة لزمها استبرا آن

فصل

والاستبراء يحصل بوضع الحمل ان كانت حاملا او بحيضة ان كانت

---

(١) قوله « وان أراد بيعها الخ » إحـداهما يجب وهو المذهب وصححه المصنف والشارح لأن عمر أنكر على عبد الرحمن بن عوف حين باع جارية له كان يطأها قبل استبرائها ولأنه يجب على المشترى لحفظ مائه فكذلك البائع ولأنه قبل الاستبراء مشكوك فى صحة البيع وجوازه لاحتمال أن تكون أم ولد ، والثانية لا يلزمه صححه فى التصحيح واختاره ابن عبدوس وجزم به فى الوجيز وقدمه فى المحرر لأنه يجب على المشترى فاغنى عن البائع ، قال فى المغنى وذكر عن أصحابنا الروايتين فى كل أمة يطأها من غير تفريق بين الآيسة وغيرها والأولى أنه لايجب فى الآيسة لأن علة الوجوب احتمال الحمل وهو بعيد انتهى فعلى الأول لو خالف وباعها صح على الصحيح من المذهب

(٢) قوله « وإن لم يطأها الخ» هذا المذهب نقله جماعة عن أحمد لأنه قد حصل يقين براءتها منه

(٣) قوله « الثالث الخ » هذا بلا نزاع لأن كل واحدة منهما موطوءة وطئا له حرمة فلزمها استعلام براءة رحمها كالموطوءة بشبهة

(٤) قوله « إلا أن تكون الخ » وكذا لو فرغت عدتها من زوجها فاعتقها وأراد تزويجها قبل وطئها بلا نزاع فى ذلك لأنه أزال فراشه عنها قبل وجوب الاستبراء . وكذا لو أراد تزويجها أو استبرأ بعد وطئه ثم أعتقها أو باعها فأعتقها مشتر قبل وطئها

ممن تحيض أو بمضى شهر ان كانت آيسة او صغيرة ، وعنه بثلاثة اشهر اختاره الخرقى ، وان ارتفع حيضها ما تدرى ما رفعه فبعشرة اشهر نص عليه ، وعنه فى ام الولد اذا مات سيدها اعتدت اربعة اشهر وعشرا والأول أصح

كتاب الرضاع

يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب . واذا حملت المرأة من رجل يثبت منه نسب ولدها فثاب لها لبن فأرضعت به طفلا صار ولدا لهما فى تحريم النكاح واباحة النظر والخلوة وثبوت المحرمية وأولاده وان سفلوا أولاد ولدهما وصارا ابويه وآباؤهما اجداده وجداته واخوة المرأة واخواتها اخواله وخالاته واخوة الرجل واخواته اعمامه وعماته . وتنتشر حرمة الرضاع من المرتضع الى اولاده واولاد اولاده وان سفلوا فيصيرون اولادا لهما ولا تنتشر الى من فى درجته من إخوته واخواته ولا من هو اعلى منه من آبائه وامهاته واعمامه وعماته واخواله وخالاته فلا تحرم المرضعة على ابى المرتضع ولا اخيه ولا تحرم ام المرتضع ولا اخته على ابيه من الرضاع ولا اخيه وان ارضعت بلبن ولدها من الزنا طفلا صار ولدا لها وتحرم على الزانى تحريم المصاهرة ولم تثبت حرمة الرضاع فى حقه فى ظاهر قول الخرقى وقال ابو بكر تثبت قال ابو الخطاب وكذلك الولد المنفى باللعان ، ويحتمل ان لا يثبت حكم الرضاع فى حق الملاعن بحال لأنه ليس بلبنه حقيقة ولا حكما . وان وطىء رجلان امراة بشبهة فأتت بولد فأرضعت بلبنه طفلا صار ابنا لمن ثبت نسب المولود منه وان الحق بهما كان المرتضع ابنا لهما وان لم يلحق بواحد منهما ثبت التحريم بالرضاع فى حقهما وان ثاب لامراة لبن من غير حمل تقدم لم ينشر الحرمة نص عليه فى لبن البكر وعنه ينشرها ذكرها ابن ابى موسى والظاهر انه قول ابن حامد ولا ينشر الحرمة غير لبن المراة فلو ارتضع طفلان من رجل او بهيمة او خنثى مشكل لم ينشر الحرمة وقال ابن حامد يوقف امر الخنثى حتى يتبين امره

فصل

ولا تثبت الحرمة بالرضاع الا بشرطين احدهما ان يرتضع فى العامين فلو ارتضع بعدهما بلحظة لم يثبت[1]. الثانى ان يرتضع خمس رضعات فى ظاهر

---

(١) قوله « ولا تثبت الحرمة بالرضاع الا بشرطين أحدهما الخ » وهذا المذهب بلا ريب هذا قول أكثر أهل العلم روى نحو ذلك عن عمر وعلى وابن عمر وابن مسعود وابن عباس وابى هريرة وأزواج النبى ﷺ سوى عائشة واليه ذهب الشعبى وابن شبرمة والأوزاعى والشافعى وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وهو رواية عن مالك وروى عنه انه اذا زاد شهرا جاز وروى شهران وقال أبو حنيفة يحرم الرضاع فى ثلاثين شهرا لقوله تعالى ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ﴾ ولم يرد بالحمل حمل الاحشاء لانه يكون سنتين فعلم انه أراد الحمل فى الفصال وقال زفر مدة الرضاع ثلاث سنين وكانت عائشة ترى رضاعة الكبير تحرم ، ويروى هذا عن عطاء والليث وداود لما روى ان سهلة بنت سهيل قالت يا رسول الله انا كنا نرى سالما ولدا فكان يأوى معى ومع أبى حذيفة فى بيت واحد ويرانى فضلا وقد أنزل الله فيهم ما علمت فكيف ترى فيه فقال لها النبى ﷺ ارضعيه فارضعته خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها ويدخل عليها وان كان كبيرا وأبت ذلك أم سلمة وسائر أزواج النبى ﷺ أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة واحدا من الناس حتى يرضع فى المهد وقلن لعائشة والله ما ندرى لعلها رخصة من النبى ﷺ لسالم دون الناس رواه أبو داود والنسائى وغيرهما وعن عائشة ان سهلة بنت سهيل بن عمرو جاءت الى النبى ﷺ فقالت يا رسول الله ان سالما مولى أبى حذيفة معنا فى بيتنا وقد بلغ ما يبلغ الرجال وعلم ما تعلم الرجال فقال ارضعيه تحرمى عليه رواه مسلم واختار الشيخ تقى الدين ثبوت الحرمة بالرضاع الى الفطام ولو بعد الحولين أو قبلهما فأناط الحكم بالفطام سواء كان قبل الحولين أو بعده واختار أيضا ثبوت الحرمة بالرضاع ولو كان المرتضع كبيراً للحاجة نحو كونه محرما لقصة سالم مولى أبى حذيفة ولنا قوله تعالى ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ﴾ وعن عائشة ان النبى ﷺ دخل عليها وعندها رجل قاعد فسألها عنه فقالت هو أخى من الرضاعة فقال انظرن من اخوانكن فانما الرضاعة من المجاعة متفق عليه وعن أم سلمة مرفوعا لايحرم من الرضاع الا مافتق الأمعاء وكان قبل الفطام رواه الترمذى ==

المذهب ، وعنه ثلاث يحرمن وعنه واحدة(١)، ومتى اخذ الثدى فامتص منه ثم تركه

= وصححه ورواه الدارقطنى والبيهقى عن عمر ورواه سعيد عن هشيم عن مغيرة عن ابراهيم بن عبد الله ورواه سعيد عن عمرو بن دينار عن ابن عباس ورواه الدارقطنى والبيهقى عن ابن عباس قال البيهقى هذا هو الصحيح انه موقوف ورواه ابن عدى وغيره من حديث الهيثم بن جميل عن ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن ابن عباس مرفوعا لا يحرم من الرضاع إلا ما كان فى الحولين ، والهيثم ثقة حافظ وثقة أحمد وابراهيم الحربى والعجلى وابن حبان وغيرهم فعلى هذا يتعين خبر أبى حذيفة على انه خاص له دون الناس كما قاله سائر أزواجه ﷺ وقول أبى حنيفة تحكم يخالف ظاهر الكتاب وقول الصحابة

[فائدة] لو اكرهت على الرضاع ثبت حكمه ذكره القاضى فى الجامع محل وفاق

(١) قوله « الثانى الخ » الذى يتعلق به التحريم خمس رضعات وهو المذهب بلا ريب قال المصنف والشارح هذا الصحيح من المذهب قال المجد فى محرره وغيره هذا المذهب وروى هذا عن عائشة وابن مسعود وابن الزبير وعطاء وطاوس وهو قول الشافعى وعنه ان قليل الرضاع يحرم كما يحرم كثيره وروى ذلك عن على وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب والحسن ومكحول والزهرى وقتادة والحكم وحماد ومالك والأوزاعى والثورى والليث وأصحاب الرأى وزعم الليث انه اجماع واحتجوا بقوله تعالى ﴿ وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم ﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وعن عقبة بن الحارث انه تزوج ام يحي بنت أبى إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فذكر ذلك للنبى ﷺ فقال وكيف وقد زعمت ان قد أرضعتكما متفق عليه . وعنه ثلاث يحرمن وبه قال أبو ثور وأبو عبيد وداود وابن المنذر لقوله عليه الصلاة السلام لا تحرم المصة ولا المصتان وفى لفظ لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان رواه مسلم ولنا ما روى عن عائشة انها قالت انزل فى القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخ من ذلك خمس وصار الى خمس رضعات فتوفى رسول الله ﷺ والأمر على ذلك رواه مسلم وروراه مالك عن الزهرى عن عروة عن عائشة عن سهلة بنت سهيل ارضعى سالما خمس رضعات والآية فسرتها السنة وثبتت الرضاعة المحرمة وصريح ماروينا يخص مفهوم مارووه فنجمع بين الأخبار بحملها على الصحيح الذى رويناه

او قطع عليه فهى رضعة فمتى عاد فهى رضعة اخرى بعد ما بينهما او قرب وسواء تركه شبعا او لامر يلهيه او لانتقاله من ثدى الى غيره او من امرأة الى غيرها [١]. وقال ابن حامد ان لم يقطع باختياره فهما رضعة الا ان يطول الفصل بينهما . والسعوط والوجور كالرضاع فى احدى الروايتين [٢]. ويحرم لبن الميتة [٣] واللبن المشوب ذكره الخرقى [٤] وقال ابو بكر لا يثبت التحريم

---

(١) قوله « ومتى أخذ الثدى — الى قوله — أو من امراة الى غيرها » وهذا المذهب فى ذلك كله والمرجع فى صفة الرضعة الى العرف لأن الشرع ورد بها مطلقا ولم يحدها بزمن ولا مقدار فدل على انه ردهم الى العرف

(٢) قوله « والسعوط الخ » وهذا المذهب وعليه اكثر الأصحاب منهم الخرقى والقاضى وأصحابه والمصنف وغيرهم وهو قول الشافعى والثورى وأصحاب الرأى وبه قال مالك فى الوجور . والوجور ان يصب اللبن فى حلقه من غير الثدى والسعوط أن يصب فى أنفه اللبن من إناء أو غيره والرواية الثانية لا يثبت التحريم بهما وهو اختيار أبى بكر ومذهب داود وقال عطاء الخراسانى فى السعوط ليس هذا برضاع ولنا ما روى ابن مسعود عن النبى ﷺ قال لا رضاع الا ما أنشز العظم وأنبت اللحم رواه أبو داود وغيره ولأن هذا يصل اليه اللبن كما يصل بالارتضاع

[تنبيه] الذى يحرم من ذلك كالذى يحرم من الرضاع على الخلاف

(٣) قوله « ويحرم لبن الميتة » هذا المذهب نص عليه وهو قول أبى ثور والأوزاعى وابن القاسم وأصحاب الرأى وابن المنذر وقال أبو بكر الخلال لا ينشر الحرمة وتوقف عنه أحمد فى رواية مهنا وهو مذهب الشافعى لأنه ابن ممن هو ليس بمحل للولادة ولنا انه وجد الرضاع على وجه ينبت اللحم وينشز العظم من امرأة فاثبت التحريم كحال الحياة

(٤) قوله « واللبن المشوب الخ » هذا المذهب قال الفروع فيحرم لبن شيب بغيره على الأصح واختاره القاضى والشريف والمصنف والشارح وغيرهم . والمشوب المختلط بغيره قال الشارح وسواء اختلط بطعام أو شراب أو غيره فى قول الخرقى وبه قال الشافعى وقال ابو بكر قياس قول أحمد انه لا يحرم وقال ابن حامد ان غلب اللبن حرم والا فلا وهو قول أبى ثور والمزنى لأن الحكم للأغلب ولأنه يزول بذلك الاسم والمعنى المراد به ونحوه قول أصحاب الرأى وزادوا =

بهما وقال ابن حامد ان غلب اللبن يحرم . والحقنة لاتنشر الحرمة نص عليه . وقال ابن حامد تنشرها

فصل

واذا تزوج كبيرة ولم يدخل بها وثلاث صغائر فأرضعت الكبيرة احداهن فى الحولين حرمت الكبيرة على التأبيد وثبت نكاح الصغرى وعنه ينفسخ نكاحها . وان ارضعت اثنتين منفردتين انفسخ نكاحهما على الرواية الاولى وعلى الثانية ينفسخ نكاح الاولى ويثبت نكاح الثانية . وان ارضعت الثلاث متفرقات انفسخ نكاح الاوليين وثبت نكاح الثالثة على الرواية الاولى وعلى الثانية ينفسخ نكاح الجميع فان ارضعت احداهن منفردة واثنتين بعد ذلك انفسخ نكاح الجميع على الروايتين وله ان يتزوج من شاء من الاصاغر ، وان كان دخل بالكبرى حرم الكل عليه على الابد . كل امرأة تحرم ابنتها عليه كأمه وجدته واخته وربيبته اذا ارضعت طفلة حرمتها عليه وفسخت نكاحها منه ان كانت زوجته

فصل

وكل من افسد نكاح امرأة برضاع قبل الدخول فان الزوج يرجع عليه

= فقالوا ان كانت النار مست اللبن حتى انضجت الطعام أو حتى تغير فليس برضاع ووجه الأول ان اللبن متى كان ظاهراً فقد حصل شربه ويحصل به انبات اللحم وانشاز العظم فحرم وهذا فيما اذا كانت صفات اللبن باقية فاما ان صب فى ماء كثير لم يتغير به لم يثبت به التحريم لأن هذا ليس بمشوب ولا يحصل به التغذى وحكى عن القاضى أن التحريم يثبت به وهو قول الشافعى لان أجزاء اللبن حصلت فى بطنه

[فائدة] اذا حلب من نسوة وسقى الصبي فهو كما لو رضع من كل واحدة منهن

[فائدة] اذا عمل اللبن جبناً ثم اطعمه الصبي ثبت به التحريم وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة لا يحرم لزوال الاسم

على قوله « والحقنة لا تنشر الحرمة نص عليه » * وهو المذهب

بنصف مهرها الذى يلزمه لها[1] وان افسدت نكاح نفسها سقط مهرها[2] وإن كان بعد الدخول وجب لها مهرها ولم يرجع به على احد[3] وذكر القاضى انه يرجع به أيضا ورواه عن احمد[4] ولو أفسدت نكاح نفسها لم يسقط مهرها بغير خلاف فى المذهب[5] فاذا أرضعت امرأته الكبرى الصغرى فانفسخ

---

(١) قوله « وكل من أفسد نكاح امرأة برضاع قبل الدخول الخ » هذا بلا نزاع

(٢) قوله « وان أفسدت نكاح نفسها الخ » أى أفسدته قبل الدخول وهذا بلا نزاع لأن فسخ نكاحها بسبب من جهتها فسقط صداقها كما لو ارتدت وبهذا قال مالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه خلافا

(٣) قوله « وان كان بعد الدخول الخ » يعنى اذا أفسده غيرها ولم يرجع به على أحد وهذا اختيار المصنف والمجد فى محرره وصاحب الحاوى وجزم به فى الوجيز والمنور وهو قول بعض أصحاب الشافعى لأنه لم يقرر على الزوج شيئا ولم يلزمه اياه فلم يرجع عليه بشىء كما لو أفسدت نكاح نفسها

(٤) قوله « وذكر القاضى الخ » اى نص عليه احمد وهو المذهب وهو مذهب الشافعى لأن المرأة تستحق المهر كله على زوجها فيرجع بما لزمه كنصف المهر فى غير المدخول بها

(٥) قوله « ولو افسدت نكاح نفسها » أى بعد الدخول لم يسقط لا نعلم فيه خلافا كما لو ارتدت ولأن المهر استقر بالدخول والمستقر لا يسقط بعد استقراره ولا يرجع عليها الزوج بشىء اذا كان اداه اليها قال فى الانصاف قلت لو خرج السقوط من المنصوص فى التى قبلها لكان متجها وحكى فى الفروع عن القاضى انها اذا افسدت نكاح نفسها يلزم الزوج نصف المسمى وهو قول فى الرعاية ثم رأيته فى القواعد حكى انه اختيار الشيخ تقى الدين انتهى

[فائدة] قال فى القاعدة الرابعة والخمسين بعد المائة خروج البضع من الزوج هل هو متقوم ام لا بمعنى انه هل يلزم المخرج له قهرا ضمانه للزوج بالمهر فيه قولان فى المذهب ويذكران روايتين عن احمد واكثر الأصحاب كالقاضى ومن بعده يقولون ليس بمتقوم وخصوا هذا الخلاف بمن عدا الزوجة فقالوا لا تضمن للزوج شيئا بغير خلاف واختار الشيخ تقى الدين انه متقوم عليها أيضا وحكاه قولا فى المذهب ويتخرج على هذه المسئلة جميع المسائل التى يحصل بها الفسخ

نكاحهما فعليه نصف مهر الصغرى يرجع به على الكبرى ولا مهر للكبرى ان كان لم يدخل بها(١) وان كان دخل بها فعليه صداقها وان كانت الصغرى هى التى دبت الى الكبرى وهى نائمة فارتضعت منها فلا مهر لها ويرجع عليها بنصف مهر الكبرى ان كان لم يدخل بها او بجميعه ان كان دخل بها على قول القاضى وعلى ما اخترناه لا يرجع بعد الدخول بشيء ولو كان لرجل خمس أمهات أولاد لهن لبن منه فأرضعن امرأة له صغرى كل واحدة منهن رضعة حرمت عليه فى أحد الوجهين ولم تحرم أمهات الاولاد . ولو كان له ثلاث نسوة لهن لبن منه فأرضعن امرأة له صغرى كل واحدة رضعتين لم تحرم المرضعات . وهل تحرم الصغرى ؟ على وجهين أصحهما تحرم وعليه نصف مهرها يرجع به عليهن على قدر رضاعهن يقسم بينهن أخماسا فان كان لرجل ثلاث بنات امرأة لهن لبن فأرضعن ثلاث نسوة له صغارا حرمت الكبرى وان كان دخل بها حرم الصغار أيضا وان لم يدخل بها فهل ينفسخ نكاح من كمل رضاعها أولا ؟ على روايتين . وان أرضعن واحدة كل واحدة منهن رضعتين فهل تحرم الكبرى بذلك ؟ على وجهين

فصل

اذا طلق امرأته ولها منه لبن فتزوجت بصبى فأرضعته بلبنه انفسخ نكاحها منه وحرمت عليه وعلى الاول أبدا لانها صارت من حلائل أبنائه

---

(١) قوله « وان ارضعت امرأته الكبرى الخ » هذا بلا نزاع لأنها هى التى تسببت فى انفساخ نكاحه

[فائدة] حيث أفسد نكاح المرأة فلها الأخذ ممن أفسده على الصحيح من المذهب نص عليه وقال الشيخ تقى الدين متى خرجت منه بغير اختياره بافسادها أولا أو بيمينه لا تفعل شيئا ففعلته فله مهره وذكره رواية كالمفقود لأنها استحقت المهر بسبب هو تمكينها من وطئها وضمنته بسبب هو إفسادها واحتج بالمختلعة التى تسببت الى الفرقة

على قوله « ان كان دخل بها على قول القاضى » ، وهو المذهب المنصوص

ولو تزوجت الصبي اولا ثم فسخت نكاحه لعيب ثم تزوجت كبيرا فصار لها منه لبن فأرضعت به الصبي حرمت عليهما على الابد

فصل

واذا شك فى الرضاع او عدده بنى على اليقين(١) وان شهد به امرأة مرضية ثبت بشهادتها(٢)، وعنه أنها إن كانت مرضية استحلفت فان كانت كاذبة لم يحل الحول حتى يبيض ثدياها وذهب فى ذلك الى قول ابن عباس رضى الله عنهما واذا تزوج امرأة ثم قال قبل الدخول هى اختى من الرضاع انفسخ

---

(١) قوله « واذا شك فى الرضاع الخ » هذا بلا نزاع لأن الأصل عدمه والأصل عدم الرضاع المحرم

(٢) قوله « وان شهدت به امرأة مرضية الخ » هذا المذهب وهو من مفرداته وبه قال طاوس والزهرى والأوزاعى وابن أبى ذئب وسعيد بن عبد العزيز وعن أحمد لا يقبل الا شهادة امرأتين وهو قول الحكم لأن الرجال أكمل من النساء ولا يقبل الا شهادة رجلين فالنساء أولى وقال عطاء والشافعى لا يقبل من النساء أقل من أربع لأن كل امرأتين كرجل وقال أصحاب الرأى لا يقبل فيه الا رجلان أو رجل وامرأتان وروى ذلك عن عمر لقوله تعالى ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ﴾ ولنا ما روى عقبة بن الحارث قال تزوجت أم يحيى بنت أبى إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فأتيت النبى ﷺ فذكرت ذلك له فقال وكيف وقد زعمت ذلك متفق عليه وفى لفظ رواه النسائى قال فأتيته من قبل وجهه فقلت انها كاذبة فقال كيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما خل سبيلها وهذا يدل على الاكتفاء بالمرأة الواحدة وقال الزهرى فرق بين أهل ابيات فى زمن عثمان بشهادة امرأة واحدة فى الرضاع ولان هذه شهادة على عورة فيقبل فيه شهادة المنفردات كالولادة وعلى الشافعى أنه معنى يقبل فيه قول النساء المنفردات فيقبل فيه شهادة امرأة منفردة كالخبر ويقبل فيه شهادة المرضعة على نفسها لما ذكرنا من الخبر

على قوله « حتى يبيض ثدياها » ٭ وهو قول اسحاق وقاله ابن عباس رضى الله عنهما

النكاح[١] فان صدقته فلا مهر[٢] وان أكذبته فلها نصف المهر[٣] وان قال ذلك بعد الدخول انفسخ النكاح ولها المهر بكل حال[٤] وان كانت هى التى قالت هو أخى من الرضاع فأكذبها فهى زوجته فى الحكم[٥] ولو قال الزوج

---

(١) قوله « وإذا تزوج امرأة الخ » أى وحرمت عليه لأنه أقر بما يتضمن تحريمها عليه كما لو أقر بالطلاق ثم رجع أو أقر أن أمته أخته من النسب ولو ادعى خطأ وهذا فى الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالى فان علم ان الأمر كذلك فهى محرمة عليه وان علم كذب نفسه فالنكاح باق بحاله

(٢) قوله « فان صدقته الخ » أى لأنهما اتفقا على أن النكاح باطل من أصله كما لو ثبت بينة

(٣) قوله « وان كذبته الخ » اى يقبل قولها لأن قوله غير مقبول عليها فى اسقاط حقوقها وتحريمها عليه حق له فقبل ولها نصف المهر لأنها فرقة قبل الدخول قال فى الانصاف بلا نزاع أعلمه يعنى فيما تقدم من المسائل

(٤) قوله «وان قال ذلك بعد الدخول الخ » يعنى إذا تزوج امرأة وقال بعد الدخول هى أختى من الرضاع فان النكاح ينفسخ والصحيح من المذهب ان لها المهر سواء صدقته أو كذبته وهو معنى قول المصنف ولها المهر بكل حال لأنه استقر بالدخول وهذا ما لم تطاوعه عالمة بالتحريم وقيل يسقط بتصديقها له قال فى الفروع ولعل مراده يسقط المسمى فيجب مهر المثل لكن قال فى الروضة لا مهر لها عليه وقال ابن حمدان بل يجب لها مهر المثل مع جهلها بالتحريم

[تنبيه] محل هذا فى الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى فينبنى ذلك على علمه وتصديقه فان علم ان الأمر كما قال فهى محرمة عليه وان علم كذب نفسه فالنكاح بحاله وان شك فى ذلك لم يزل عن اليقين بالشك هذا المذهب

(٥) قوله « وان كانت الخ » هذا بلا نزاع لأنه لا يقبل قولها فى فسخ النكاح لأنه حق له عليها لكن ان كان قوله قبل الدخول فلا مهر لها وان كان بعد الدخول فان أقرت بأنها كانت عالمة بأنها أخته وبتحريمها عليه وطاوعته فى الوطء فلا مهر لها أيضا وان انكرت شيئاً من ذلك فلها المهر لانه وطء بشبهة وهى زوجته فى ظاهر الحكم وفيما بينها وبين الله تعالى فان علمت صحة ما أقرت به لم يحل لها =

هى ابنتى من الرضاع وهى فى سنه او أكبر منه لم تحرم لتحققنا كذبه[١] ولو تزوج امرأة لها زوج من لبن كان قبله فحملت منه ولم يزد لبنها فهو للاول[٢] وان زاد لبنها فأرضعت به طفلا صار ابنا لهما[٣] وان انقطع لبن الاول ثم ثاب بحملها من الثانى فكذلك عند ابى بكر ، وعند أبى الخطاب رضى الله تعالى عنه هو ابن الثانى وحده[٤]

= مساكنته ولا تمكينه من وطئها وعليها ان تفر منه وتفتدى نفسها كما قلنا فى التى علمت ان زوجها طلقها ثلاثاً وانكر . وينبغى أن يكون الواجب لها من المهر بعد الدخول أقل الأمرين من المسمى أو مهر المثل

(١) قوله « ولو قال الزوج الخ » هذا بلا نزاع وان احتمل أن تكون ابنته فكما لو قال هى أختى من الرضاعة على ما تقدم

[فائدة] اذا ادعى ان زوجته أخته من الرضاع فانكرته فشهد بذلك أمه أو ابنته لم يقبل لأنها شهادة الوالد لولده وان شهدت أمها أو ابنتها قبلت على الصحيح من المذهب وان ادعت ذلك المرأة وكذبها فشهدت به أمها أو ابنتها لم يقبل وان شهدت به أمه أو ابنته قبل على الصحيح من المذهب

(٢) قوله «ولو تزوج رجل امرأة الخ » هذا بلا نزاع وكذا لو زاد قبل أوانه لأن اللبن إذا بقى بحاله لم يتغير بزيادة ولا نقص ولم تلد من الثانى فهو الأول لأن اللبن كان له والأصل بقاؤه وعلم منه أنها اذا لم تحمل من الثانى فهو للأول مطلقا وانها اذا ولدت من الثانى فاللبن له خاصة اجماعا

(٣) قوله « وان زاد لبنها الخ » أى زاد فى أوانه وهذا بلا نزاع كما لو كان الولد منهما لأن زيادته عند حدوث الحمل ظاهر فى أنه منه وبقاء لبن الأول يقتضى كون أصله منه فيجب أن يضاف اليهما

(٤) قوله « وان انقطع لبن الأول الخ » المذهب ما قاله أبو بكر يعنى انه يصير ابنا لهما كما لو لم ينقطع وما قاله أبو الخطاب جزم به فى الوجيز والمنور ومنتخب الأدمى وقال فى الانصاف وهو الصواب لأن لبن الأول انقطع فزال حكمه بانقطاعه وحدث بالحمل من الثانى فكان له كما لو لم يكن لها لبن من الأول =

كتاب النفقات

تجب على الرجل نفقة امرأته مالاغنى لها عنه(١) وكسوتها بالمعروف ومسكنها بما يصلح لمثلها(٢) وليس ذلك مقدرا لكنه معتبر بحال الزوجين(٣) فاذا تنازعا

= وان لم يزد ولم ينقص من الأول حتى ولدت فانه يكون لهما على الصحيح من المذهب نص عليه وذكر المصنف انه للثانى كما لو زاد جزم به فى الكافى والمغنى والشرح وذكره ابن المنذر اجماعا

(١) قوله « تجب على الرجل نفقة امرأته الخ » هذا بالاجماع وسنده قوله تعالى ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ﴾ الآية ومعنى قدر ضيق وقوله تعالى ﴿ قد علمنا مافرضنا عليهم فى أزواجهم ﴾ الآية وقوله ﷺ « اتقوا الله فى النساء فانكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف » رواه مسلم ، وقوله عليه الصلاة والسلام « الا وحقهن عليكم أن تحسنوا اليهن فى نفقتهن وكسوتهن وطعامهن » رواه الترمذى وصححه

(٢) قوله « وكسوتها الخ » أى اذا سلمت نفسها اليه على الوجه الواجب فلها عليه جميع حاجتها من مأكول ومشروب وملبوس ومسكن لأنه تعالى أوجب المسكن للمطلقة بقوله تعالى ﴿ اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ﴾ فيجب لمن هى فى صلب النكاح بطريق الأولى

(٣) قوله « وليس ذلك مقدراً الخ » هكذا ذكر أصحابنا وقال أبو حنيفة ومالك يعتبر حال المرأة على قدر كفايتها لقوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف والمعروف ﴾ الكفاية وقال ﷺ لهند خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف متفق عليه فاعتبر كفايتها دون حال زوجها وقال الشافعى الاعتبار بحال الزوج وحده لقوله تعالى ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ﴾ الآية ولنا ان فيما ذكرناه جمعاً بين الدليلين وعملا بكلا النصين ورعاية لكلا الجانبين فكان أولى

[فائدة] النفقة مقدرة بالكفاية وتختلف باختلاف من تجب له النفقة فى مقدارها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى وقال القاضى هى مقدرة بمقدار لايختلف فى الكثرة والقلة والواجب رطلان من الخبز فى كل يوم فى حق الموسر والمعسر اعتبارا بالكفارات وقال الشافعى نفقة الفقير مد بمد النبى ﷺ وعلى الموسر مدان وعلى المتوسط مد ونصف ولنا قوله ﷺ لهند « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » وقوله ﷺ « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف »

فيها رجع الأمر الى الحاكم[1] فيفرض للموسرة تحت الموسر قدر كفايتها من أرفع خبز البلد وأدمه الذى جرت عادة أمثالهما بأكله وما تحتاج اليه من الدهن وما يكتسى مثلها من جيد الكتان والقطن والخز والابريسم وأقله قميص وسراويل ووقاية ومقنعة ومداس وجبة فى الشتاء وللنوم الفراش واللحاف والمخدة والزلى للجلوس ورفيع الحصر . وللفقيرة تحت الفقير قدر كفايتها من ادنى خبز البلد وادمه ودهنه وما تحتاج اليه من الكسوة مما يلبسه امثالهما وينامون فيه ويجلسون عليه . وللمتوسطة تحت المتوسط او اذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا ما بين ذلك كل على حسب عادته . وعليه ما يعود بنظافة المرأة من الدهن والسدر وثمن الماء . ولا تجب الادوية وأجرة الطبيب فأما الطيب والحنا والخضاب ونحوه فلا يلزمه الا ان يريد منها التزين به . وان احتاجت الى من يخدمها لكون مثلها لا تخدم نفسها اولمرضها لزمه ذلك فان كان لها والا اقام لها خادما اما بشراء أو كراء او عارية ويلزمه نفقته بقدر نفقة الفقيرين الا فى النظافة . ولا يلزمه أكثر من نفقة خادم واحد فان قالت أنا أخدم نفسى وآخذ ما يلزمك لخادمى لم يكن لها ذلك . وان قال أنا اخدمك فهل يلزمها قبول ذلك ؟ على وجهين

فصل

وعليه نفقة المطلقة الرجعية وكسوتها ومسكنها كالزوجة سواء[2] . وأما البائن بفسخ او طلاق فان كانت حاملا فلها النفقة والسكنى[3] وإلا فلا شيء

---

(١) قوله « فان تنازعا فيها الخ » فظاهره انه يفرض لها لحما بما جرت عادة الموسرين به فى ذلك الموضع وهو الصواب

(٢) قوله « ويلزمه نفقة المطلقة الرجعية الخ » هذا بلا نزاع لأنها زوجة بدليل قوله تعالى ﴿ وبعولتهن أحق بردهن ﴾ ولأنها يلحقها الطلاق والظهار والايلاء

(٣) قوله « فاما البائن بفسخ الخ » اذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائناً اما ان يكون ثلاثا او بخلع او بانت بفسخ وكانت حاملا فلها النفقة والسكنى والكسوة=

لها(١) وعنه لها السكنى . فان لم ينفق عليها بظنها حائلا ثم تبين انها حامل فعليه

وهذا المذهب بلانزاع فى المذهب وهو اجماع لقوله تعالى﴿ اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ﴾ الى قوله ﴿ وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ﴾ وفى بعض أخبار فاطمة بنت قيس لا نفقة لك الا أن تكونى حاملا ولأن الحمل ولده فيلزمه الانفاق عليه ولا يمكنه الانفاق عليه الا بالانفاق عليها فعلى المذهب تستحق النفقة كل يوم تأخذها على الصحيح من المذهب نص عليه وفيه وجه آخر انها اذا وضعت استحقت ذلك لجميع مدة الحمل ، قلت والأول أصح وهذا الاحتمال ضعيف لان هذا الاحتمال مخالف لقوله تعالى﴿ فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ﴾

(١) قوله « وإلا فلا شىء لها » يعنى وان لم تكن حاملا فلا شىء لها وهذا المذهب وهو من مفرداته وهو قول على وابن عباس وجابر وبه قال عطاء وطاوس والحسن وعمرو بن ميمون وعكرمة واسحق وأبو ثور وداود وعنه لها السكنى خاصة وهو قول عمر وابن مسعود وابن عمر وعائشة وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم والفقهاء السبعة ومالك والشافعى لقول الله تعالى﴿ اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ﴾ الآية فأوجب السكنى لهن مطلقا وعنه يجب لها النفقة والسكنى حكاها ابن الزاغونى وغيره وقاله أكثر فقهاء العراق منهم ابن شبرمة وابن أبى ليلى والثورى والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأصحابه والبتى والعنبرى ويروى ذلك عن عمر وابن مسعود لانها مطلقة فوجبت لها النفقة والسكنى كالرجعية وردوا خبر فاطمة بما روى عن عمر انه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة وأنكرته عائشة وسعيد بن المسيب ولنا ما روت فاطمة بنت قيس ان زوجها طلقها البتة وهو غائب فأرسل اليها وكيله بشعير فسخطته فقال والله مالك علينا من شىء فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له فقال ليس لك عليه نفقة ولا سكنى فأمرها أن تعتد فى بيت أم شريك متفق عليه وفى لفظ فقال رسول الله ﷺ انظرى يا ابنة قيس انما النفقة للمرأة على زوجها اذا كانت له عليها الرجعة فاذا لم يكن له عليها الرجعة فلا نفقة ولا سكنى رواه أحمد والاثرم والحميدى قال ابن عبد البر من طريق الحجة وما يلزم منها قول احمد بن حنبل ومن تابعه أصح وأرجح لانه ثبت عن النبى ﷺ نصا صريحا فأى شىء يعارض هذا إلا مثله عن النبى ﷺ الذى هو المبين عن الله مراده ولا شىء يدفع ذلك ومعلوم انه اعلم بتأويل قول الله تعالى﴿ اسكنوهن من =

نفقة ما مضى(١). وان انفق عليها بظنها حاملا فبانت حائلا فهل يرجع عليها بالنفقة؟ على روايتين(٢). وهل تجب النفقة للحامل لحملها أو لها من اجله؟ على روايتين(٣): احداهما انها لها فتجب لها إذا كان احد الزوجين رقيقا ولاتجب

= حيث سكنتم ﴾ وأما قول عمرو من وافقه فقد خالفه على وابن عباس وجابر ومن وافقهم والحجة معهم ولو لم يخالفه واحد منهم لما قبل قول المخالف لقوله ﷺ فان قوله ﷺ حجة على عمر وغيره ولم يصح عن عمر انه قال لا ندع كتاب ربنا الخ فان احمد انكره وقال اما هذا فلا لانه قال لا يقبل فى ديننا قول امرأة وهذا يرده الاجماع على قبول المرأة فى الرواية فقد أخذ بقول فريعة وهى امرأة وبخبر عائشة وأزواج النبى ﷺ

(١) قوله « فان لم ينفق عليها الخ » هذا المذهب لأننا تبينا استحقاقها له

(٢) قوله « وان انفق عليها الخ » احداهما يرجع وهو المذهب اشبه مالو قضاها دينا ثم تبين براءته منه

[فائدة] لو ادعت أنها حامل انفق عليها ثلاثة أشهر على الصحيح من المذهب نص عليه ثم أريت القوابل بعد ذلك لان الحمل يتبين وتظهر اماراته بعد ثلاثة اشهر الا أن تظهر براءتها من الحمل بالحيض أو بغيره فتنقطع النفقة

(٣) قوله « وهل تجب النفقة للحامل الخ » احداهما هى للحمل وهو المذهب وعليه أكثر الاصحاب لانها تجب بوجوده وتسقط بعدمه والثانية لها لانها تجب مع الاعسار ولا تسقط بمضى الزمان واوجبها الشيخ تقى الدين له ولها من اجله وجعلها كمرضعة له باجرة ولهذا الخلاف فوائد كثيرة منها ماذكره المصنف ومنها لو غاب الزوج فهل تثبت النفقة فى ذمته فيه طريقان احدهما البناء فعلى المذهب لا تثبت فى ذمته وتسقط بمضى الزمان لان نفقة الاقارب لا تثبت فى الذمة وعلى الثانية: تثبت ولا تسقط بمضى الزمان قال فى القواعد على المشهور من المذهب والطريق الثانى لا تسقط بمضى الزمان على كلا الروايتين وهى طريقة المصنف فى المغنى ومنها لو مات الزوج وله حمل فعلى المذهب يلزم النفقة الورثة وعلى الثانية لا يلزمهم ومنها لو كان الزوج معسرا فعلى المذهب لاتجب لان نفقة الأقارب مشروطة باليسار دون نفقة الزوجة وعلى الثانية تجب ومنها لو دفع اليها النفقة فتلفت بغير تفريط فعلى المذهب يجب بدلها لأن ذلك حكم نفقة الاقارب وعلى الثانية لا

للناشز ولا للحامل من وطء شبهة او نكاح فاسد . والثانية انها للحمل فتجب لهؤلاء الثلاث ولا تجب لها اذا كان احدهما رقيقا واما المتوفى عنها فان كانت حائلا فلا نفقة لها ولا سكنى[١] وان كانت حاملا فهل لها ذلك ؟ على روايتين[٢].

فصل

وعليه دفع النفقة اليها فى صدر نهار كل يوم الا ان يتفقا على تأخيرها او تعجيلها لمدة قليلة او كثيرة فيجوز . وان طلب احدهما دفع القيمة لم يلزم الآخر ذلك وعليه كسوتها فى كل عام فاذا قبضتها فسرقت او تلفت لم يلزمه عوضها[٣] وان انقضت السنة وهى صحيحة فعليه كسوة السنة الأخرى ويحتمل

---

(١) قوله « وأما المتوفى عنها الخ » وهو المذهب قال فى المبدع رواية واحدة لأن ذلك يجب للتمكين من الاستمتاع وقد فات قال فى الفروع وعنه لها السكنى اختارها أبو محمد الجوزى وقال المصنف ايضا والشارح ان مات وهى فى مسكنه قدمت به

(٢) قوله « وان كانت حاملا الخ » احداها لا نفقة لها ولا كسوة ولا سكنى وهو المذهب لأنه قد صار للورثة ونفقة الحامل وسكناها أنما هو للحمل اولها من اجله ولا يلزم ذلك الورثة لانه ان كان للميت ميراث فنفقة الحمل فى نصيبه والا لم يلزم وارث الميت الانفاق على حمل امرأته كما بعد الولادة والثانية لها ذلك لانها معتدة من نكاح صحيح اشبهت البائن فى الحياة وبناها ابن الزاغونى على ان النفقة هل هى للحمل اولها من اجله فان قلنا للحمل وجبت من التركة كما لو كان الأب حيا وان قلنا لها لم تجب قال فى القواعد وهذا لا يصح لان نفقة الاقارب لا تجب بعد الموت قال والاظهر ان الأمر بالعكس وهو انا ان قلنا النفقة للحمل لم تجب لهذا المعنى وان قلنا لها وجبت لانها محبوسة على الميت

على قوله « وعليه دفع النفقة فى صدر كل نهار » * وهذا المذهب واختار الشيخ تقى الدين لا يلزمه تمليك بل ينفق ويكسو بحسب العادة فان الانفاق بالمعروف ليس هو التمليك

(٣) قوله « فاذا قبضتها الخ » وهو المذهب لأنها تمليك

ان لا يلزمه(١) وان ماتت او طلقها قبل مضى السنة فهل يرجع عليها بقسط بقية السنة ؟ على وجهين . واذا قبضت النفقة فلها التصرف فيها على وجه لا يضربها ولا ينهك بدنها وان غاب عنها مدة ولم ينفق فعليه نفقة ما مضى(٢) وعنه لا نفقة لها الا ان يكون الحاكم قد فرضها لها

فصل

واذا بذلت المرأة تسليم نفسها اليه وهى ممن يوطأ مثلها او يتعذر وطؤها بمرض او حيض او رتق ونحوه لزم زوجها نفقتها سواء كان الزوج صغيرا او كبيرا يمكنه الوطء اولا يمكنه كالعنين والمجبوب والمريض(٣) وان كانت

---

(١) قوله « واذا انقضت السنة الخ » هذا المذهب لان الاعتبار بمضى الزمان والثانية لا يلزمه لأنها غير محتاجة

(٢) قوله « وان غاب مدة الخ » هذا المذهب وسواء تركها لعذر او غيره لما روى الشافعى قال اخبرنا مسلم بن خالد عن عبيدالله بن عمر عن نافع عن ابن عمر ان عمر كتب الى امراء الأجناد فى رجال غابوا عن نسائهم فامرهم ان يأخذوهم بان ينفقوا او يطلقوا فان طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا ورواه البيهقى وبه قال الحسن والشافعى وابن المنذر وعنه تسقط مالم يكن الحاكم فرضها وهو مذهب ابى حنيفة واختاره فى الارشاد وهو ضعيف

[فوائد] لو استدانت وانفقت رجعت على زوجها مطلقا نقله احمد بن هاشم

(الثانية) لو انفقت من ماله فى غيبته فبان ميتا رجع عليها الوارث على الصحيح من المذهب وعنه لا يرجع عليها

(الثالثة) لو اكلت مع زوجها عادة او كساها بلا اذن ولم يتبرع سقطت عنه مطلقا على الصحيح من المذهب

(٣) قوله « واذا بذلت المرأة الى قوله والمجبوب » هذا المذهب فى ذلك كله لان الاستمتاع ممكن ولا تفريط من جهتها وعنه لا يلزمها اذا كان صغيرا وهو قول مالك لانه لا يتمكن من الاستمتاع بها ولنا انها سلمت نفسها تسليما صحيحا فوجبت النفقة كما لوكان الزوج كبيرا ولان الاستمتاع بها ممكن وانما تعذر من جهته وبما قلنا قال ابو حنيفة والشافعى

صغيرة لا يمكن وطؤها لم تجب نفقتها ولا تسلمها ولا تسليمها اليه اذا طلبها[١] فان بذلته والزوج غائب لم يفرض لها حتى يراسله الحاكم ويمضى زمن يمكن ان يقدم فى مثله وان منعت تسليم نفسها او منعها أهلها فلا نفقة لها[٢] الا ان تمنع نفسها قبل الدخول حتى تقبض صداقها الحال فلها ذلك وتجب نفقتها[٣] وان كان بعد الدخول فعلى وجهين[٤] بخلاف الأجل . وان سلمت الأمة نفسها

---

(١) قوله « فان كانت صغيرة الخ » وهو المذهب وبه قال الحسن وبكر بن عبدالله المزنى والنخعى واسحاق وابو ثور واصحاب الراى وهو نص الشافعى وقال فى موضع لو قيل لها النفقة كان مذهبا وهو قول الثورى لان تعذر الوطء لم يكن بفعلها . ولنا أن النفقة تجب بالتمكين من الاستمتاع ولا يتصور ذلك مع تعذر الاستمتاع فلم تجب نفقتها كما لو منعها اولياؤها وبهذا يبطل ما ذكروه

[فائدة] لو زوج طفل بطفلة فلا نفقة لها على الصحيح من المذهب لعدم الموجب وقيل بلى

(٢) قوله « وان منعت تسليم نفسها الخ » هذا بلا نزاع وظاهر قوله او منعها اهلها ولو كانت باذلة للتسليم ولكن اهلها يمنعونها وقال فى الروضة فيه نظر قال فى الانصاف وهو الصواب ولو بذلت تسليما غير تام بان تقول اسلم اليك نفسى فى منزلى دون غيره او فى المنزل الفلانى دون غيره لم تستحق شيئا الا ان يكون ذلك قد اشترط فى العقد لأنها لم تبذل التسليم الواجب

(٣) قوله « إلا أن تمنع نفسها قبل الخ » هذا المذهب لأن هذا يفضى الى تسليم منفعتها المعقود عليها بالوطء ثم لا يسلم صداقها فلا يمكنها الرجوع فيه فلهذا الزمناه تسليم صداقها اولا

(٤) قوله « وان كان بعده الخ » أحدهما لا تملك المنع فلا نفقة لها اذا امتنعت وهو المذهب كما لو سلم المبيع ثم اراد منعه منه والوجه الثانى لها ذلك فتجب النفقة اختاره ابن حامد كما قبل الدخول

[تنبيه] قوله « بخلاف الأجل » يعنى انها لا تملك نفسها اذا كان الصداق مؤجلا فلو فعلت لم يكن لها عليه نفقة وظاهره وسواء حل الأجل او لا والصحيح انه اذا لم يحل قبل الدخول فليس لها الامتناع فان امتنعت لم يكن لها نفقة بلا نزاع وان حل قبل الدخول لم تملك ذلك على الصحيح من المذهب قدمه فى الفروع وهو ظاهر كلام المصنف وقيل لها الامتناع وتجب لها النفقة ويحتمله كلام المصنف

ليلا ونهارا فهى كالحرة[١] وان كانت تأوى اليه ليلا وعند السيد نهارا فعلى كل واحد منهما النفقة مدة مقامها عنده[٢] واذا نشزت المرأة[٣] او سافرت بغير اذنه[٤] او تطوعت بصوم او حج او أحرمت بحج منذور فى الذمة فلا نفقة لها[٥]

---

(١) قوله « وان سلمت الأمة الخ » ان كان زوج الأمة حرا فنفقتها عليه للنص ولاتفاق أهل العلم على وجوب نفقة الزوجات على ازواجهن البالغين والأمة داخلة فى عمومهن وان كان زوجها مملوكا فالنفقة واجبة لزوجته لذلك قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان على العبد نفقة زوجته وهذا قول الشافعى والحكم وحماد واصحاب الرأى اذا آواها بيتا فاذا ثبت وجوبها على العبد فهى على سيده لان سيده اذن له فى النكاح المفضى الى ايجابها وعنه فى كسب العبد وهو قول أصحاب الشافعى وقال القاضى يتعلق برقبته كالجناية تباع فيها أو يفديه سيده وبه قال اصحاب الرأى .

(٢) قوله « وان كانت تأوى اليه ليلا الخ » أى فيلزم الزوج نفقة الليل من العشاء وتوابعه كالوطاء والغطاء ودهن المصباح ونحو هذا وهذا المذهب وقيل تجب عليهما نصفين وكذا الكسوة قطعا للنزاع اختاره المصنف وهو احد أقوال الشافعى وقال فى الآخر لا نفقة لها على الزوج لأنها لم تمكن من نفسها فى جميع الزمان

(٣) قوله « واذا انشزت المرأة الخ » هذا المذهب وهو قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر لا نعلم احدا خالف فيها الا الحكم

[فائدة] تشطر النفقة لناشز ليلا فقط أو نهارا فقط لا بقدر الأزمنة وتشطر النفقة لناشز بعض يوم على الصحيح من المذهب وقيل تسقط كل نفقته

(٤) قوله « أو سافرت الخ » هذا المذهب لأنها ناشز وكذا ان انتقلت من منزلها بغير اذنه

(٥) قوله « أو تطوعت الخ » هذا المذهب لما فيه من تفويت حقه وقيل لا تسقط النفقة بصوم التطوع اختاره فى الرعاية

[فائدتان] لو صامت لكفارة او نذر او لقضاء رمضان ووقته متسع بلا اذنه فلا نفقة لها على الصحيح من المذهب وقيل لها النفقة فى قضاء صوم رمضان

وان بعثها فى حاجة او أحرمت بحجة الاسلام فلها النفقة [١]، وان أحرمت بمنذور معين فى وقته فعلى وجهين . وإن سافرت لحاجتها باذنه فلا نفقة لها ذكره الخرقى ويحتمل ان لها النفقة[٢]. وان اختلفا فى نشوزها أو تسليم النفقة اليها فالقول قولها مع يمينها [٣] وان اختلفا فى بذل التسليم فالقول قوله مع يمينه [٤]

فصل

وإن أعسر الزوج بنفقتها أو ببعضها أو بالكسوة خيرت بين فسخ النكاح والمقام وتكون النفقة دينا فى ذمته[٥] فان اختارت المقام ثم بدا لها

(الثانية) لو حبست بحق او ظلما فلا نفقة لها على الصحيح من المذهب وقيل لها النفقة

(١) قوله « وان بعثها فى حاجة الخ ، هذا المذهب وعليه الأصحاب بشرط ان تحرم فى الوقت من الميقات

[فائدة] لو سافرت لنزهة أو تجارة أوزيارة أهلها فلا نفقة لها وفيه احتمال

(٢) قوله « وان سافرت لحاجتها الخ » المذهب ماذكره الخرقى

(٣) قوله « وان اختلفا فى نشوزها الخ » وهو المذهب لان الأصل عدم ذلك واختار الشيخ تقى الدين فى النفقة ان القول قول من يشهد العرف له

(٤) قوله « وان اختلفا فى بذل التسليم الخ » بلا خلاف نعلمه لأنه منكر والأصل عدم التسليم وكذا لو اختلفا فى وقته فقالت كان من شهر قال بل من يوم

(٥) قوله « وان أعسر الزوج الخ » هذا المذهب مطلقا ونقله الجماعة عن احمد وروى ذلك عن عمر وعلى وابى هريرة وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وربيعة وحماد ومالك وعبد الرحمن بن مهدى والشافعى واسحاق وابو عبيد وابو ثور وعنه لا تملك الفسخ بالاعسار وذهب عطاء والزهرى وابن شبرمة وأبو حنيفة وصاحباه الى أنها لاتملك فراقه بذلك ولكن يرفع يده عنها لتكتسب لانه لا حق له عليها . ولنا قوله تعالى فامساك بمعروف أو تسريح باحسان وليس الامساك مع عدم النفقة امساكا بمعروف وروى سعيد عن سفيان عن ابى الزناد

الفسخ فلها ذلك[١] ، وعنه ما يدل على أنها لا تملك الفسخ بالاعسار والمذهب

= قال سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لايجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما قال نعم قلت سنة قال سنة وهذا ينصرف الى سنة رسول الله ﷺ قال ابن المنذر ثبت ان عمر كتب إلى امراء الأجناد فى رجال غابوا عن نسائهم فامرهم ان ينفقوا او يطلقوا فان طلقوا بعثوا بنفقة مامضى اذا ثبت هذا فانه متى ثبت الاعسار بالنفقة على الاطلاق فللمرأة الفسخ من غير انظار وهذا المذهب وهو احد قولى الشافعى قال حماد بن ابى سليمان يؤجل سنة قياساً على العنين قال عمر بن عبدالعزيز اضربوا له شهرا او شهرين وقال مالك الشهر ونحوه وقال الشافعى فى القول الآخر يؤجل ثلاثا لانه قريب ولنا ظاهر حديث عمر ولأنه معنى يثبت الفسخ ولم يرد الشرع بالانظار ورفع الحاكم هنا فسخ قدمه فى الفروع وقال فى الترغيب هو قول جمهور اصحابنا فيعتبر الرفع الى الحاكم فاذا ثبت إعساره فسخ بطلبها او فسخت بامره ولا ينفذ بدونه على الصحيح من المذهب وقيل ظاهرا وفى الترغيب ينفذ مع تعذره وقال فى الرعاية وان تعذر اذنه نفذ مطلقا وقيل هذه الفرقة طلاق فعلى هذا يأمره الحاكم بطلبها بطلاق او نفقة فان ابى طلق عليه الحاكم فان راجع فقيل لا يصح مع عسرته قلت فيعايا بها وقيل يصح وهو المذهب جزم به فى المغنى والشرح وغيرهما فان راجع طلق عليه ثانية فان راجع طلق عليه ثالثة

(١) قوله « فان اختارت المقام الخ » أى وتكون النفقة دينا فى ذمته ثم ان بدا لها الفسخ او تزوجت معسرا عالمة بحاله راضية بعسرته وترك انفاقه اوشرط ان لا ينفق عليها ثم عنّ لها الفسخ فلها ذلك وهذا المذهب وبه قال الشافعى وقال القاضى ظاهر كلام احمد انه ليس لها الفسخ ويبطل خيارها فى الموضعين وهو قول مالك واختاره صاحب الرعايتين وجزم به فى الحاوى الصغير لانها رضيت بعيبه ودخلت فى العيب عالمة بعيبه فلم تملك الفسخ كما لو تزوجت عنينا عالمة به ووجه الاول ان وجوب النفقة تجدد فى كل يوم فيتجدد لها الفسخ ولا يصح اسقاط حقها فيما لم يجب لها كاسقاط شفعتها قبل البيع فعلى القول الأخير خيارها على الفور وقيل على التراخى وهو المذهب

[فائدة] لو قدر على التكسب أجبر عليه على الصحيح من المذهب

على قوله « فإن اختارت المقام » ، مع عسرته لم يلزمها التمكين من الاستمتاع وليس له أن يحبسها

الاول ، وان أعسر بالنفقة الماضية أو نفقة الموسر أو المتوسط أوالادم أو نفقة الخادم فلا فسخ لها[١] وتكون النفقة دينا فى ذمته وقال القاضي يسقط[٢]، وان أعسر بالسكنى أو المهر فهل لها الفسخ ؟ على وجهين[٣]. وان أعسر زوج الأمة فرضيت أو زوج الصغيرة والمجنونة لم يكن لوليهن الفسخ[٤] ويحتمل ان له ذلك[٥]

---

(١) قوله « وان أعسر بالنفقة الماضية الخ » وهو المذهب وقال ابن عقيل فى التذكرة ان كانت ممن جرت عادتها بأكل الطيب ولبس الناعم لزمه ذلك فان كان معسرا ملكت الفسخ اذا عجز عن القيام به وجزم به فى الرعاية الكبرى فيهما وقال قلت فالأدم اولى

(٢) قوله « وتكون النفقة الخ » هذا المذهب وبه قال الشافعي لأنها نفقة على سبيل العوض فتثبت فى الذمة وقال القاضي تسقط أى الزيادة على نفقة المعسر أو المتوسط لان كلام المصنف فى ذلك وصرح به الأصحاب لأنها تسقط مطلقا

(٣) قوله « وان اعسر بالسكنى الخ » أحدهما لها الفسخ وهو الصحيح لأنه لابد لها منه اشبه النفقة والكسوة واختاره ابن عقيل وجزم به فى الوجيز والمنور والثانى لافسخ جزم به فى منتخب الآدمى وتذكرة ابن عبدوس واما اذا اعسر بالمهر ففيه وجهان احدهما لها الفسخ مطلقا اختاره ابو بكر وغيره وجزم به فى الوجيز وقدمه فى المحرر لانه اعسر بالعوض فكان لها الرجوع فى العوض والثانى ليس لها ذلك اختاره ابن حامد قال المصنف وهو اصح لأنه دين فلم يفسخ النكاح به كالنفقة الماضية ولان تاخيره ليس فيه ضرر مجحف فاشبه نفقة الخادم لانه لا نص فيه وجزم به الأدمى فى منتخبه قال فى الانصاف وهو الصواب وقيل ان اعسر قبل الدخول فلها الفسخ وان كان بعده فلا قال الشارح وتبعه فى التصحيح هذا المشهور فى المذهب قال الناظم هذا اشهر وتقدم فى آخر باب الصداق

(٤) قوله « وان اعسر زوج الأمة الخ » هذا المذهب قال فى الفروع لا فسخ فى المنصوص لأنه حق للأمة فلم يملك سيدها الفسخ كالفسخ بالعيب وكذا ولى الصغيرة والمجنونة لأنه فسخ لنكاحها فلم يملكه الولى

(٥) قوله « ويحتمل الخ » لان نفقة الأمة حق لها ولسيدها لكل واحد منهما =

فصل

وان منع النفقة أو بعضها مع اليسار وقدرت له على مال أخذت منه ما يكفيها ويكفى ولدها بالمعروف بغير اذنه لقول النبى ﷺ لهند حين قالت له ان أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطينى من النفقة ما يكفينى وولدى قال « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » وان لم تقدر اجبره الحاكم وحبسه فان لم ينفق دفع النفقة اليها من ماله فان غيبه وصبر على الحبس فلها الفسخ وقال القاضى ليس لها ذلك[١] وان غاب ولم يترك لها نفقة ولم تقدر له على مال ولا الاستدانة عليه فلها الفسخ[٢] الا عند القاضى فيما اذا لم يثبت إعساره[٣] ولا يجوز الفسخ فى ذلك كله إلا بحكم حاكم[٤] والله أعلم

= اسقاطها لما فى ذلك من الاضرار فعلى هذا ان اعسر الزوج فلها الفسخ كالحرة وان لم تفسخ فقال القاضى لسيدها الفسخ لأن عليه ضررا فى عدمها ولانه فى حق الصغيرة والمجنونة فسخ لفوات العوض فملكه كفسخ المبيع لتعذر الثمن

على قوله « قال خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » ۞ متفق عليه وهـــذا المذهب

(١) قوله « فان غيبه وصبر على الحبس الخ » اذا لم يقدر الحاكم على مال يأخذه ولم يقدر على النفقة من مال الغائب فلها الفسخ وهو المذهب واختار القاضى انها لا تملك الفسخ لأن الفسخ فى المعسر لعيب الاعسار ولم يوجد ههنا وهو ظاهر مذهب الشافعى ولنا ما روى عن عمر انه كتب فى رجال غابوا عن نسائهم فامرهم ان ينفقوا او يطلقوا وهذا اجبار على الطلاق عند الامتناع ولان الانفاق عليها من ماله متعذر فكان لها الخيار كحال الاعسار بل هذا اولى فانه اذا جاء الفسخ على المعذور فعلى غيره اولى

(٢) قوله « وان غاب الخ » هذا المذهب لأنها لم تقدر على الوصول الى نفقتها اشبه مالو ثبت اعساره

(٣) قوله « الا عند القاضى الخ » وهو ظاهر مذهب الشافعى

(٤) قوله « ولا يجوز الفسخ الخ » هذا المذهب فاذا فرق الحاكم بينهما فهو فسخ لا رجعة فيه وبهذا قال الشافعى وابن المنذر وقال مالك هو تطليقة وهو احق =

باب نفقة الاقارب والمماليك

يجب على الانسان نفقة والديه وولده بالمعروف إذا كانوا فقراء[1] وله ما ينفق عليهم فاضلا عن نفقة نفسه وامرأته وكذلك يلزمه نفقة سائر آبائه وان علوا وأولاده وان سفلوا[2] ويلزمه نفقة كل من يرثه بفرض أو تعصيب

=بها ان ايسر فى عدتها لأنه تفريق لامتناعه من الواجب عليه اشبه المولى ولنا انها فرقة لعجزه عن الواجب عليه اشبهت فرقة العنة وحكى المصنف والشارح وصاحب الفروع وغيرهم فى كتاب الصداق لها ان تفسخ بغير حكم حاكم فيما اذا اعسر بالمهر وتقدم ذلك فى آخر كتاب الصداق

(١) قوله « يجب على الانسان نفقة والديه الخ » اعلم ان الصحيح من المذهب وجوب نفقة ابويه وان علوا واولاده وان سفلوا بالمعروف او بعضها اذا كان المنفق عليه قادرا على البعض وكذا يلزمه لهم الكسوة والسكنى مع فقرهم اذا فضل عن نفسه وامرأته وكذا رقيقه يومه وليلته والأصل فى وجوبها الكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ وقال تعالى ﴿وقضى ربك ان لاتعبدوا الا اياه وبالوالدين احسانا﴾ ومن الإحسان الإنفاق عليهما عند حاجتهما واما السنة فقوله ﷺ لهند « خذى مايكفيك وولدك بالمعروف » متفق عليه وقوله ﷺ « ان اطيب ما اكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه » رواه ابو داود واما الاجماع فحكى ابن المنذر قال اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ان نفقة الوالدين الفقيرين اللذين لا كسب لهما ولا مال واجبة فى مال الولد واجمعوا على ان على المرء نفقة اولاده الأطفال الذين لامال لهم

[تنبيه] شمل قوله واولاده وان سفلوا اولاده الكبار الأصحاء الأقوياء اذا كانوا فقراء وهو صحيح وهو من المفردات

على قوله « فاضلا عن نفقة نفسه وامرأته » يعنى يومه وليلته

(٢) قوله « واولاده وان سفلوا » أى وكذا الآباء وان علوا وهو المذهب وبذلك قال الشافعى والثورى واصحاب الرأى وقال مالك لاتجب النفقة عليهم ولا لهم لأن الجد ليس باب حقيقى ولنا قوله تعالى ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ ولأنه يدخل فى مطلق اسم الولد والوالد بدليل قوله تعالى ﴿يوصيكم الله فى اولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ فيدخل فيهم ولد البنين وقال ولأبويه لكل واحد منهما السدس

بمن سواهم سواء ورثه الآخر أو لا كعمته وعتيقته[1] وحكى عنه ان لم يرثه

[فائدة] يشترط لوجوب الانفاق ثلاثة شروط احدها ان يكون لامال لهم ولا كسب يستغنون به . الثانى ان يكون تجب عليه النفقة مال فاضل عن نفقة نفسه وامرأته اما من ماله وإما من كسبه . الثالث ان يكون المنفق وارثا فى الجملة لقوله تعالى ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾

[تنبيه] لا يشـــترط فى نفقة الوالدين والمولودين نقص الخلقة ولا نقص الاحكام على الصحيح . وقال الشافعى يشترط نقصانه اما من طريق الحكم او من طريق الخلقة وقال ابو حنيفة ينفق على الغلام حتى يبلغ فاذا بلغ صحيحا انقطعت نفقته ويشترط نفقة الجارية حتى تزوج ونحوه قول مالك الا انه قال ينفق على النساء حتى يتزوجن ويدخل بهن الازواج ثم لا نفقة لهن فان طلقن قبل البناء فهن على نفقتهن ولنا قوله ﷺ لهند «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف» ولم يستثن منهم بالغا ولا صحيحا اذا ثبت ذلك فان الأم تجب نفقتها وتجب عليها نفقة ولدها اذا لم يكن له اب وبهذا قال ابو حنيفة والشافعى وحكى عن مالك انه لا نفقة لها ولا عليها

(١) قوله « ويلزمه نفقة كل من يرثه بفرض أو تعصيب الخ » هـــذا المذهب وبه قال الحسن ومجاهد والنخعى وقتادة والحسن بن صـــالح وابن ابى ليـــلى وابو ثور ، وعنه انها تختص العصبة من عمودى النسب وغيرهم فلا تجب على العمة والخالة ونحوهما وبه قال الأوزاعى واسحاق لما روى عن عمر انه قضى على بنى عم منفوس بنفقته احتج به احمد فعليها هل يشترط ان يرثهم بفرض أو تعصيب فى الحال ؟ على روايتين احداهما يشترط وهو الصحيح فلا نفقة على بعيد موسر يحجبه قريب معسر قدمه فى الفروع وغيره واختاره القاضى والمصنف وابو الخطاب وغيرهم والأخرى يشترط ذلك فى الجملة لـكن ان كان يرثه فى الحال ألزم بها مع اليسار دون الأبعد وان كان فقيرا جعل كالمعدوم ولزمت الأبعد الموسر فعلى هذا من له ابن فقير وأخ مؤسر او أب فقير وجد موسر لزمت الموسر منهما النفقة ولا يلزمها على التى قبلها وقال أصحاب الرأى تجب النفقة على ذى رحم محرم ولا تجب على غيرهم لقوله تعالى ﴿ واولو الأرحام ﴾ الآية وقال مالك والشافعى وابن المنذر لا نفقة على غير الوالدين والمولودين ولنا قوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ ثم قال ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾

الآخر فلا نفقة له . فأما ذوو الارحام فلا نفقة عليهم رواية واحدة ذكره القاضي[١] وقال ابو الخطاب يخرج فى وجوبها عليهم روايتان . وان كان للفقير وارث فنفقته عليهم على قدر إرثهم منه فاذا كان له أم وجد فعلى الام الثلث والباقى على الجد وان كانت جدة وأخ فعلى الجدة السدس والباقى على الأخ وعلى هذا المعنى حساب النفقات ، الا أن يكون له أب فتكون عليه النفقة وحده[٢]. ومن له ابن فقير وأخ موسر فلا نفقة له عليهما[٣]. ومن له أم فقيرة

---

(١) قوله « فاما ذوو الأرحام الخ » وهو المذهب اى الذين لا يرثون بفرض ولا تعصيب كالخالة والعمة لأن قرابتهم ضعيفة وانما يأخذون ماله عند عدم الوارث فهم كسائر المسلمين بدليل تقديم الرد عليهم . ونقل جماعة تجب لكل وارث واختاره الشيخ تقى الدين لانه من صلة الرحم وهو عام كعموم الميراث فى ذوى الأرحام بل اولى

[تنبيه] قد يقال عموم كلام المصنف هنا ان اولاد البنات ونحوهم لا نفقة عليهم لأنهم من ذى الأرحام وعموم كلامه فى اول الباب ان عليهم النفقة وهو قوله وأولاده وان سفلوا والعمل على هذا الثانى وان النفقة واجبة عليهم فعموم كلام المصنف هنا مخصوص بغير من هو من عمودى النسب من ذوى الأرحام فاما عمود النسب فيجب الإنفاق عليهم سواء كانوا من ذوى الارحام كابى الام وابن البنت او من غيرهم وسواء كانوا محجوبين او وارثين وهذا مذهب الشافعى لان قرابتهم قرابة جزئية وبعضية تقتضى رد الشهادة وتمنع جريان القصاص

(٢) قوله « الا ان يكون له اب الخ » هذا المذهب مطلقا وعليه الاصحاب لقوله تعالى ﴿ فان ارضعن لكم ﴾ الآية وقوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن ﴾ الآية وقال ﷺ لهند « خذى ما يكفيك » الخبر فجعل النفقة عليه دونها ولا خلاف فى هذا نعلمه الا ان لأصحاب الشافعى فيما اذا اجتمع للفقير اب وابن موسران النفقة على الأب وحده والثانى عليهما لأنهما سواء فى القرب وقال القاضى وابو الخطاب فى اب وابن القياس يلزم الأب السدس فقط لكن تركه اصحابنا لظاهر الآية وقال ابن عقيل فى التذكرة الولد مثل الأب فى ذلك

[فائدة] لو كان احد الورثة موسرا لزمه بقدر ارثه على الصحيح من المذهب وهو من مفردات المذهب وعنه يلزمه كل النفقة

(٣) قوله « ومن له ابن فقير الخ » هذا المذهب لان الابن لا نفقة عليه لعسرته ــ

وجدة موسرة فالنفقة عليهما [١] ومن كان صحيحا مكلفا لا حرفة له سوى الوالدين فهل تجب نفقته؟ على روايتين[٢]. ومن لم يفضل عنده الا نفقة واحد بدأ بالأقرب فالأقرب، فان كان له أبوان جعله بينهما [٣] فان كان معهما ابن ففيه ثلاثة أوجه أحدها يقسمه بينهم. والثانى يقدمه عليهما. والثالث يقدمهما عليه. وان كان له أب وجد أو ابن وابن ابن فالأب والابن أحق. ولا تجب نفقة الاقارب مع اختلاف الدين[٤] وقيل فى عمودى النسب روايتان. وان ترك الانفاق الواجب مدة لم يلزمه عوضه[٥]. ومن لزمته نفقة رجل فهل

= والاخ لا نفقة عليه لعدم ارثه، وعنه تجب النفقة على الآخ

(١) قوله « ومن له أم فقيرة الخ » وجملته ان الوارث القريب اذا كان معسرا وكان البعيد الموسر من عمودى النسب كهذه المسئلة وجبت نفقته على الموسر وهذا مذهب الشافعى، قال الشارح هـــذا الظاهر وصرح به ابن عقيل فى كفاية المفتى واختاره فى المستوعب، وعنه لا نفقة عليها وهو المذهب قدمه فى الفروع

[فائدة] اذا كان له قرابتان موسران واحدهما محجوب عن ميراثه بفقير فان كان المحجوب من عمودى النسب فالظاهر ان الحجب لا يسقط النفقة عنه وان كان من غيرهما فلا نفقة عليه فى الظاهر فعلى هذا اذا كان له ابوان وجد والاب معسر فالأب كالمعدوم فيكون على الام ثلث النفقة والباقى على الجد وان كان ابوان واخوان وجد والأب معسر فـــلا شيء على الأخوين لأنهما محجوبان وليسا من عمودى النسب ويكون على الأم الثلث والباقى على الجد

(٢) قوله « ومن كان صحيحا الخ » احداهما تجب له لعجزه عن الكسب وهو المذهب لعموم قوله ﷺ « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » فلم يستثن منهم بالغا ولا صحيحا

(٣) قوله « فان كان له ابوان الخ » هذا احد الوجوه اختاره الشارح وقيل تقدم الأم وقيل يقدم الأب وهو المذهب قلت والأول اولى

(٤) قوله « ولا تجب نفقة الأقارب الخ » هذا المذهب مطلقا

(٥) قوله « وان ترك الانفاق الخ » هـــذا المذهب لأن نفقة القريب وجبت لدفع الحاجة واحياء النفس وقد حصل ذلك فى الماضى بدونها فان كان الحاكم قد =

تلزمه نفقةامرأته ؟ على روايتين[١]

فصل

وتجب نفقة ظئر الصبي على من تلزمه نفقته ، وليس للاب منع المرأة من رضاع ولدها اذا طلبت[٢] وان طلبت أجرة مثلها ووجد من يتبرع

═ فرضها فينبغى ان تلزمه قاله المصنف والشارح لأنها تا كدت بفرض الحاكم قال الشيخ تقى الدين من انفق عليه باذن حاكم رجع عليه وبلا اذن فيه خلاف

[فائدة] يلزم الرجل اعفاف ابنه اذا احتاج إلى النكاح وهذا ظاهر مذهب الشافعى ولهم فى اعفاف الأب الصحيح وجه لا يجب . وقال أبو حنيفة لا يلزم الرجل اعفاف ابنه سواء وجبت نفقته أو لا

(١) قوله « ومن لزمه نفقة رجل الخ » إحداهما يلزمه وهو المذهب لأن كل من لزمه نفقة رجل لزمه اعفافه سواء كان من الآباء أو الأبناء أو أبنائهم أو غيرهم على الصحيح من المذهب ولا يتمكن من الاعفاف الا بذلك

(٢) قوله « وليس له منع المرأة الخ » وهذا المذهب سواء كانت فى حال الزوجية أو بعدها وسواء وجد الأب مرضعة متبرعة أو لم يجد . وقال أصحاب الشافعى إن كانت فى حبال الزوج فلزوجها منعها من ارضاعه لانه يفوت حق الاستمتاع بها فى بعض الأحيان وان استأجرها على رضاعه لم يجز لأن المنافع حق له وان كانت مطلقة فطلبت أجر المثل فأراد انتزاعه منها ليسلمه الى من يرضعه بأجر المثل أو أكثر لم يكن له ذلك وان وجد متبرعة أو بدون أجر المثل فله انتزاعه منها لانه يلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها . ولنا قوله تعالى ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن ﴾ الآية فقدمهن على غيرهن وهذا خبر يراد به الأمر وهو عام فى كل والدة

على قوله « ووجد من يتبرع به فهى أحق » هذا المذهب وصحة عقد الاجارة على رضاع ولدها من أبيه من مفردات المذهب وقال فى المنتخب واذا استأجرها من هى تحته لرضاع ولده لم يجز لانه استحق نفعها وقال القاضى لا يصح استئجارها وعند الشيخ تقى الدين لا أجرة لها مطلقا فيحلفها أنها أنفقت عليه ما أخذت منه وقال فى الاختيارات وارضاع الطفل واجب على الأم بشرط أن ═

برضاعه فهى أحق وان امتنعت من رضاعه لم تجبر الا أن يضطر اليها ويخشى عليه ولا تجب عليه أجرة الظئر لما زاد على الحولين : وإذا تزوجت المرأة فلزوجها منعها من رضاع ولدها الا ان يضطر اليها (١)

= تكون مع الزوج ولا تستحق أجرة المثل زيادة على نفقتها وكسوتها وهو اختيار القاضى فى المجرد وتكون النفقة عليها واجبة بشيئين حتى لو سقط الوجوب بأحدهما ثبت بالآخر كما لو نشزت وأرضعت ولدها فلها النفقة للارضاع لا للزوجية

[فائدة] لو طلبت أكثر من أجرة مثلها ولو بيسير لم تكن أحق به على الصحيح من المذهب

(١) قوله « واذا تزوجت المرأة الخ » هذا المذهب مطلقا نص عليه لأن عقد النكاح يقتضى تمليك الزوج الاستمتاع فى كل الزمان من كل الجهات سوى أوقات الصلاة ، والرضاع يفوت عليه الاستمتاع فى بعض الأوقات فكان له منعها فاما ان اضطر اليها بأن لا يوجد مرضعة غيرها أو لا يقبل الارتضاع من غيرها وجب التمكين من ارضاعه لأنها حال ضرورة وحفظ لنفس ولدها

[فوائد] : (احداها) لا يفطم قبل الحولين الا برضا أبويه ما لم يتضرر وقال فى الرعاية يحرم رضاعه بعدهما ولو رضيا به

(الثانية) قال فى الرعاية الكبرى اللبن طاهر مباح من رجل وامرأة وقال فى الفروع وظاهر كلام بعضهم يباح من امرأة وقال فى الانتصار وغيره القياس تحريمه ترك للضرورة ثم أبيح بعد زوالها

(الثالثة) إذا أجرت المرأة نفسها للرضاع ثم تزوجت صح النكاح ولم يملك الزوج فسخ الاجارة ولا منعها من الرضاع حتى تمضى المدة لأن منافعها ملكت بعقد سابق على نكاحه وان نام الصبي أو اشتغل بغيرها فللزوج الاستمتاع وليس لولى الصبي منعه وبهذا قال الشافعى وقال مالك ليس له وطئها إلا برضا الولى لأن ذلك ينقص اللبن ولنا وطء الزوج مستحق بالعقد فلا يسقط بأمر مشكوك فيه

(الرابعة) اذا أجرت المرأة المزوجة نفسها للرضاع بإذن زوجها جاز ولزم العقد وان أجرت نفسها بغير إذنه لم يصح لتضمنه تفويت حق زوجها

فصل

وعلى السيد الانفاق على رقيقه قدر كفايتهم وكسوتهم وتزويجهم اذا طلبوا ذلك(١) الا الأمة اذا كان يستمتع بها (٢)، ولا يكلفهم من العمل ما لا

---

(١) قوله « وعلى السيد الإنفاق على رقيقه الخ » هـذا بلا نزاع ولو كان آبقا أو كانت ناشزة ذكره جماعة واختلف كلام أبي يعلى فى المكاتب

[فائدة] يلزمه نفقة أمة ولده دون زوجها ويلزم الحرة نفقة ولدها من عبد نص على ذلك ويلزم المكاتبة نفقة ولده وكسبه لها وينفق على من بعضه حر بقدر رقه وبقيته على نفسه

(٢) قوله « الا الأمة إذا كان يستمتع بها » هذا بلا نزاع لكن لو قالت انه ما يطأ صدقت للأصل ووجوب تزويج العبد إذا طلبه للاعفاف من مفردات المذهب وكذا وجوب بيعه اذا لم يعفه من المفردات

[فائدتان] قال القاضى لو كان السيد غائبا غيبة منقطعة وطلبت أمته التزويج أو كان سيدها صبياً أو مجنونا احتمل أن يزوجها الحاكم قال ابن رجب وهذا المعنى لا فرق فيه بين أمهات الأولاد وغيرهن للاشتراك فى وجوب الاعفاف وكذا ذكر القاضى فى خلافه ان سيد الامة إذا غاب غيبة منقطعة وطلبت أمته التزويج زوجها الحاكم وقال هذا قياس المذهب ولم يذكر فيه خلافا ونقله المجد فى شرحه ولم يعترض عليه بشيء وكذا ذكر أبو الخطاب فى الانتصار ان السيد إذا غاب زوج أمته من يلى ماله وقال أومأ اليه فى رواية بكر بن محمد . انتهى

(الثانية) لو غاب عن أم ولده واحتاجت الى النفقة زوجت على الصحيح من المذهب قال فى الفروع زوجت فى الأصح وقيل لا تزوج ولو احتاجت الى الوطء لم تزوج قدمه فى الفروع قال ويتوجه الجواز عند من جعله كنفقة قلت وهذا عين الصواب قاله فى الانصاف قال والضرر اللاحق بذلك أعظم من الضرر اللاحق بسبب النفقة واختاره ابن رجب فى كتاب له سماه القول الصواب فى تزويج أمهات أولاد الغيّاب ذكر فيه أحكام زواجها وزواج الإماء وامرأة المفقود وأطال فى ذلك وأجاد واستدل لنكاحها بكلام الأصحاب ونصوص الامام احمد انتهى وقال فى الانتصار وإذا عجز السيد عن النفقة على أم الولد وعجزت هى أيضا لزمه عتقها لينفق عليها من بيت المال

يطيقون ويريحهم وقت القيلولة والنوم وأوقات الصلوات ويداويهم اذا مرضوا ويركبهم عقبة اذا سافر بهم واذا ولى أحدهم طعامه أطعمه منه ولا يسترضع الامة لغير ولدها الا ان يكون فيها فضل عن ريه ولا يجبر العبد على المخارجة(١) فان اتفقا عليها جاز (٢). ومتى امتنع السيد من الواجب عليه فطلب العبد البيع لزمه بيعه . وله تأديب رقيقه بما يؤدب به ولده وامرأته وللعبد ان يتسرى باذن سيده وقيل ذلك ينبني على الروايتين فى ملك العبد بالتمليك ولو وهب له سيده أمة لم يكن له التسرى بها الا باذنه

فصل

وعليه اطعام بهائمه وسقيها وان لا يحملها ما لا تطيق ولا يحلب من لبنها ما يضر بولدها ، وان عجز عن الانفاق عليها أجبر على بيعها أو اجارتها أو ذبحها ان كانت مما يباح أكله

---

(١) قوله « ولا يجبر العبد الخ » هذا بلا نزاع

(٢) قوله « وان اتفقا الخ » بلا خلاف لكن بشرط أن يكون بقدر كسبه فأقل بعد نفقته وان لم يجز قال فى الترغيب وغيره يؤخذ من المعنى انه يجوز للعبد المخارج هدية طعام واعارة متاع وعمل دعوة قال فى الفروع وظاهر هذا أنه كعبد مأذون له فى التصرف قال وظاهر كلام جماعة لا يملك ذلك وقال ابن القيم فى الهدى له التصرف فيما زاد على خراجه ولو منع منه كان كسبه كله خراجا ولم يكن لتقديره فائدة بل ما زاد تمليك من سيده يتصرف فيه كما أراد

على قوله « فطلب العبد البيع لزمه بيعه » قال الشيخ تقى الدين ولو لم تلائم اخلاق العبد أخلاق سيده لزمه اخراجه عن ملكه

على قوله «وله تأديب رقيقه بما يؤدب به ولده وامرأته» هذا المذهب وعليه الأصحاب قال فى الفروع كذا قالوا ، والأولى ما رواه أحمد وأبو داود ، وذكر أحاديث تدل على أن ضرب الرقيق أشد من ضرب المرأة . ونقل حرب لا يضربه إلا فى ذنب بعد عفوه مرة أو مرتين ولا يضربه شديداً ونقل حرب لا يضربه إلا فى ذنب عظيم ويقيده بقيد إذا خاف عليه ويضربه غير مبرح

باب الحضانة

أحق الناس بحضانة الطفل والمعتوه أمه[1] ثم أمهاتها[2] الاقرب فالاقرب ثم الاب ثم أمهاته ثم الجد ثم أمهاته ثم الاخت للابوين ثم الأخت للأب ثم الأخت للام ثم الخالة ثم العمة فى الصحيح عنه، وعنه الاخت من الام والخالة أحق من الأب فتكون الاخت من الأبوين أحق ويكون هؤلاء أحق من الأخت من الأب ومن جميع العصبات وقال الخرقى وخالة الاب أحق

[فائدتان] : (احداهما) حضانة الطفل حفظه عن ما يضره وتربيته بغسل رأسه وبدنه وثيابه ودهنه وتكحله وربطه وتحريكه لينام ونحو ذلك وقيل هى حفظ من لا يستقل وتربيته حتى يستقل بنفسه

(الثانية) اعلم ان عقد الباب فى الحضانة انه لا حضانة الا لرجل عصبة أو امرأة وارثة أو مدلية بوارث كالخالة وبنات الأخوات أو مدلية بعصبة كبنات الاخوة والأعمام والعمة وهذا الصحيح من المذهب فاما ذوو الأرحام غير من تقدم ذكره والحاكم فيأتى حكمهم

(١) قوله « أحق الناس الخ » هذا بلا نزاع ولو كان بأجرة المثل كالرضاع

(٢) قوله « ثم أمهاتها » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب وعنه أم الأب أولى من أم الأم قال المصنف والشارح فعلى هذه يكون الأب أولى بالتقديم لأنهن يدلين به فعلى المذهب لو امتنعت الام لم تجبر وأمها أحق على الصحيح من المذهب وقيل الاب أحق

[فائدة] تحرير الصحيح من المذهب فى ترتيب من يستحق الحضانة أحقهم بالحضانة الام ثم أمهاتها الاقرب فالاقرب منهن ثم الاب ثم أمهاته الاقرب فالاقرب منهن ثم الجد وان علا ثم أمهاته الاقرب فالاقرب منهن ثم الأب ثم امهاته الأقرب فالأقرب منهن ثم الجد وإن علا ثم امهاته الاقرب فالأقرب ثم الاخت للأبوين ثم للأم ثم للأب ثم خالاته ثم عماته ثم خالات أبويه ثم عمات أبيه ثم بنات اخوته وأخواته ثم بنات أعمامه وعماته ثم بنات عمات أبيه وهلم جرا

من خالة الأم ثم تكون للعصبة الا أن الجارية ليس لابن عمها حضانتها لأنه ليس من محارمها . واذا امتنعت الام من حضانتها انتقلت الى أمها ويحتمل ان تنتقل الى الأب فان عدم هؤلاء كلهم فهل للرجال من ذوى الارحام حضانة ؟ على وجهين : أحدهما لهم ذلك فيكون أبو الام وأمهاته أحق من الخال وفى تقديمهم على الاخ من الام وجهان . ولا حضانة لرقيق ولا فاسق ولا كافر على مسلم ولا لامرأة مزوجة لاجنبى من الطفل[1] فان زالت الموانع منهم رجعوا الى حقهم منها . ومتى أراد أحد الابوين النقلة الى بلد بعيد آمن ليسكنه فالاب أحق بالحضانة وعنه الام أحق فان اختل شرط من ذلك فالمقيم منهما أحق

---

(١) قوله « ولا لامرأة مزوجة لأجنبي من الطفل » هذا المذهب مطلقا ولو رضى الزوج لانها تشتغل عن الحضانة بحقوق الزوج واختار فى الهدى ان الحضانة لا تسقط اذا رضى الزوج بناء على أن سقوطها لمراعاة حق الزوج

[تنبيه] مفهوم قوله مزوجة لأجنبي انها لو كانت مزوجة لغير أجنبي ان لها الحضانة وهو صحيح وهو المذهب

[فائدة] حيث اسقطنا حضانتها بالنكاح فالصحيح من المذهب انه لا يعتبر الدخول بل يسقط حقها بمجرد العقد

[فائدة] قوله فان زالت الموانع الخ هذا بلا نزاع وقد يقال شمل كلامه لو طلقت من الاجنبي طلاقاً رجعيا ولم تنقض العدة فيرجع اليها حقها من الحضانة بمجرد الطلاق وهو الصحيح من المذهب اختاره المصنف والشارح

[فائدة] نظير هذه المسئلة لو وقف على أولاده وشرط فى وقفه ان من تزوج من البنات لا حق له فتزوجت ثم طلقت قاله القاضى واقتصر عليه فى الفروع وقال ابن نصر الله فى حواشيه على الفروع وهل مثله إذا وقف على زوجته مادامت عازبة فان تزوجت فلا حق لها يحتمل وجهين لاحتمال ان يريد برها حيث لها من تلزمه نفقتها كأولاده ويحتمل ان يريد صلتها ما دامت حافظة لحرمة فراشه عن غيره بخلاف الحضانة والوقف على الأولاد انتهى . قال صاحب الانصاف قلت يرجع فى ذلك إلى حال الزوج عند الوقف فان دلت قرينة على أحـــدهما عمل به وإلا فلا شيء لها

فصل

وإذا بلغ الغلام سبع سنين خير بين أبويه فكان مع من اختار منهما(١) فان اختار أباه كان عنده ليلا ونهـــارا . ولا يمنع زيارة أمه ولا تمنع هى تمريضــــه . وإن اختار أمه كان عندها ليلا وعند أبيه نهارا ليعلمه الصناعة والكتابة ويؤدبه فان عاد فاختار الآخر نقل اليه(٢) ثم ان اختار الاول رد اليه وان لم يختر أحدهما أقرع بينهما وان استوى اثنان فى الحضانة كالاختين قدم أحدهما بالقرعة . وان بلغت الجارية سبعا كانت عند أبيها(٣) ولا تمنع

---

(١) قوله « وإذا بلغ الغلام الخ » هذا المذهب قضى به عمر رواه سعيد وعلى رواه الشافعى والبيهقى لما روى أبو هريرة قال جاءت امرأة إلى النبى ﷺ فقالت ان زوجى يريد أن يذهب بابنى وقد سقانى من بئر أبى عبيدة ـ ولعله من بئر أبى عتبه كما فى الشرح ـ ونفعنى فقال النبى ﷺ « هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت » فأخذ بيد أمه فانطلقت به رواه الشافعى وأحمد والترمذى وصححه ورجاله ثقـات

[تنبيه] مفهوم كلام المصنف انه لا يخير لدون سبع سنين وهو صحيح وهو المذهب وعليه الأصحاب ونقل أبو داود ويخير ابن ست قال صاحب الانصـاف : الأولى فى ذلك ان وقت الخيرة اذا حصل له التميز ، والظاهر انه مرادهم ولكن ضبطوه بالسن وأكثر الأصحاب يقولون ان حد سن التميز سبع سنين انتهى قال فى المبدع فلو بلغ سبع سنين غير مميز او خمس عشرة معتوها فامه فلو اختار الصبى أباه ثم زال عقله رد إلى أمه

(٢) قوله « وان عاد فاختار الآخر الخ » هذا المذهب ولو فعل ذلك أبدا وعليه الأصحاب

(٣) قوله « وان بلغت الجارية الخ » هـــذا المذهب مطلقا قال فى الفروع وغيره ولو تبرعت بحضانتها قال الزركشى هذا المعروف فى المذهب وهو من مفردات المذهب ان الغرض من الحضانة الحفظ وهو لها احفظ . وعنه الأم أحق حتى تحيض قال فى الهدى هى أشهر عن أحمد وأصح دليلا وقيل تخير وذكره فى الهدى رواية وقال نص عليها وهو مذهب الشافعى وقال أبو حنيفة الأم أحق بها حتى تتزوج أو تحيض وقال مالك الأم حتى تتزوج ويدخل بها الزوج

الام من زيارتها وتمريضها [١]

كتاب الجنايات

القتل على أربعة أضرب[٢] عمد وشبه عمد وخطأ وما أجرى مجرى الخطإ بالقصاص أو الدية . [(*) والعمد ان يقتله بما يغلب على الظن موته به عالما بكونه آدميا معصوما . وهو تسعة أقسام : (احدها) أن يجرحه بما له مور فى البدن من حديد او غيره[٣] مثل أن يجرحه بسكين أو يغرزه بمسلة او

---

(١) قوله « ولا تمنع الأم الخ » هذا صحيح وهو المذهب لكن قال فى الواضح تمنع الأم من الخلوة بها اذا خيف منها أن تفسد قلبها واقتصر عليه فى الفروع قال ويتوجه فى الغلام مثلها قال فى الانصاف وهو الصواب فيهما

[فائدة] لا يقر الطفل بيد من لا يصونه ويصلحه

(٢) قوله « القتل على أربعة أضرب » اعلم ان المصنف قسم القتل إلى أربعة أقسام وكذا فعل ابو الخطاب فى الهداية وغيرهما وكثير من الاصحاب قسموا القتل ثلاثة أقسام قال المصنف والشارح أكثر أهل العلم يرون القتل منقسما الى عمد وشبه عمد وخطأ وروى عن عمر وعلى وبه قال الشعبى والنخعى وقتادة وحماد وأهل العراق والشافعى وأصحاب الرأى وأنكر مالك شبه العمد وقال ليس فى كتاب الله إلا العمد والخطأ فاما شبه العمد فلا يعمل به عندنا وجعله من قسم العمد وحكى عنه مثل قول الجماعة وهو الصواب لما روى عبد الله بن عمرو ان رسول الله ﷺ قال ألا ان دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الابل منها أربعون فى بطونها أولادها رواه أبو داود وفى لفظ قتيل خطأ العمد وهذا نص

(٣) قوله « احدها أن يجرحه بماله مور الخ » وكذا مافى معناه مما يحدد ويجرح من الحديد والنحاس والرصاص والذهب والفضة والزجاج والحجر والخشب والقصب والعظم فهذا كله إذا جرح به جرحا كبيراً فمات فهو قتل عمد

(*) لما وصلنا الى هذا الموضع من طبع المقنع وجدنا النسخة التى تنقل عنها وهى طبعة المنار سنة ١٣٢٣ ناقصة فاجتهدنا فى اكمال النقص عن الشرح الكبير المطبوع مع المغنى سنة ١٣٤٨ ج ٩ من ص ٣٣٠ الى ص ٣٣٨

ما فى معناه مما يحدد ويجرح ، فهذا كله إذا جرح به جرحاً كبيرا فمات فهو قتل عمد . فأما إن جرحه جرحاً صغيرا كشرطة الحجام أو غرزه بابرة أو شوكة أو جرحه جرحا صغيرا فى غير مقتل فمات فى الحال ففى كونه عمداً وجهان [1] فان بقى من ذلك ضمنا حتى مات [2] أو كان الغرز فى مقتل كالفؤاد والخصيتين فهو عمد محض . [3] وإن قطع سلعة من أجنبى بغير إذنه فمات فعليه القود [4] وإن قطعها حاكم من صغير أو وليه فمات فلا قود [5] لأن له فعل ذلك

[فائدة] وكذا لو لم يداو المجروح القادر على الدواء جرحه حتى مات وهذا المذهب وقيل ليس بعمد وقال فى القواعد الأصولية لو جرحه فترك مداواة الجرح أو فصده فترك شد فصاده لم يسقط الضمان ذكره فى المغنى محل وفاق ، وذكر بعض المتأخرين لا ضمان فى ترك شد الفصاد ذكره محل وفاق ، وذكر فى ترك تداوى الجرح من قادر وجهين وصحح الضمان انتهى وأراد ببعض المتأخرين صاحب الفروع

[فائدة] وكذا الحكم لو طال به المرض ولا علة به غيره ، قال ابن عقيل فى الواضح او جرحه وتعقبه سراية بمرض ودوام جرحه حتى مات فلا يعلق بفعل الله شىء

(١) قوله « إلا ان يغرزه الخ » أحدهما يكون عمداً وهو المذهب وهو مذهب أبى حنيفة لان المحدد لا يعتبر فيه غلبة الظن فى حصول القتل به بدليل ما لو قطع شحمة أذنه أو انملته ،والوجه الثانى يكون شبه عمد اختاره ابن حامد لأن الظاهر انه لم يمت منه كالعصا

(٤) قوله « وان بقى من ذلك ضمنا الخ » هـــذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب قال المصنف هذا قول أصحابنا قال فى المبدع اتفقوا على ان فيه القود قاله فى الشرح انتهى لأن الظاهر انه مات منه وفيه وجه لا يكون عمداً

(٣) قوله « أو كان الغرز بها فى مقتل الخ » هذا بلا نزاع

على قوله « كالفؤاد والخصيتين » ه والعين والفؤاد والخاصرة والصدغ وأصل الأذن

(٤) قوله « وان قطع سلعة الخ » هذا بلا نزاع لأنه جرحه بغير اذنه جرحاً يجوز له فكان عليه القود إذا تعمده كغيره

(٥) قوله « فان قطعها حاكم من صغير الخ » وكذا لو قطعها ولى المجنون =

وقد فعله لمصلحته فأشبه مالو ختنه .

(الثانى) أن يضربه بمثقل فوق عمود الفسطاط[١] او بما يغلب على الظن موته به كاللت والكوذين والسندان او حجر كبير او يلقى عليه حائطا أو سقفا او يلقيه من شاهق[٢] او يعيد الضرب بصغير[٣] او يضربه فى مقتل[٤]

= الصحيح من المذهب انه لا قود عليهم اذا فعلوا ذلك لمصلحة

(١) قوله « فوق عمود الفسطاط » الصحيح من المذهب انه يشترط أن يكون الذى ضرب به فوق عمود الفسطاط نص عليه وعليه الأصحاب لانه ﷺ لما سئل عن المرأة التى ضربت جارتها بعمود الفسطاط فقتلتها وجنينها فقضى رسول الله ﷺ فى الجنين بغرة وقضى بالدية على عاقلتها والعاقلة لا تحمل العمد فدل على ان القتل بعمود الفسطاط ليس بعمد ونقل ابن مشيش يجب القود إذا ضربه بمثل عمود الفسطاط

(٢) قوله « أو يضربه بما يغلب على الظن — الى قوله — من شاهق » فهذا عمد محض بلا نزاع قال الشارح إذا قتله بغير محدد يغلب على الظن حصول الزهوق به عند استعماله فهو عمد موجب للقصاص وبه قال النخعى والزهرى وابن سيرين وحماد وعمرو بن دينار وابن أبى ليلى ومالك والشافعى واسحق وأبو يوسف ومحمد وقال الحسن لا قود فى ذلك وروى ذلك عن الشعبى وقال ابن المسيب وعطاء وطاوس العمد ما كان بالسلاح وقال أبو حنيفة لا قود الا أن يكون قتله بالنار ، وعنه فى مثقل الحديد روايتان واحتج بقوله ﷺ الا أن فى قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل فسماه عمد الخطأ وأوجب فيه الدية دون القصاص ولنا قوله ﴿ كتب عليكم القصاص فى القتلى ﴾ ولما روى أنس ان يهودياً قتل جارية على أوضاح لها بحجر فقتله النبى ﷺ بين حجرين ولما روى أبو هريرة قال قام فينا رسول الله ﷺ فقال « من قتل له قتيل فهو بخير النظرين اما أن يودى واما ان يقاد » متفق عليهما

على قوله « كاللت » « نوع من السلاح وكذا الدبوس وعقب الفاس

على قوله « والكوذين » « الخشبة التى يدق بها الدقاق الثياب

(٣) قوله « أو يعيد الضرب بصغير » الصحيح من المذهب انه إذا أعاد الضرب بصغير ومات يكون عمداً لأن الإعادة تقوم مقام المثقل الكبير

(٤) قوله « أو يضربه فى مقتل » هذا المذهب مطلقاً لأن القتل حصل به وقيل لا يكون عمداً إذا ضربه مرة واحدة

او فى حال ضعف من مرض او صغر او كبر(١) او حر او برد او نحوه (الثالث) اذا ألقاه فى زبية أسد(٢) او أنهشه كلبا او سبعا او حية او ألسعه عقربا من القواتل او نحو ذلك فقتله فيجب به القصاص(٣) (الرابع) اذا ألقاه فى ماء يغرقه او نار لا يمكنه التخلص منها إما لكثرة الماء والنار وإما لعجزه عن التخلص لمرض او ضعف او صغر او كونه فى حفرة لا يقدر على الصعود منها(٤) (الخامس) اذا خنقه بحبل او غيره او سد فمه وأنفه او

---

(١) قوله « أو فى حال ضعف الخ » هذا بلا نزاع قال ابن عقيل وغيره ومثله لو لكمه واقتصر عليه فى الفروع لأنه قتله بما يقتل غالباً لكن لو ادعى جهل المرض فى ذلك كله لم يقبل على الصحيح من المذهب وقيل يقبل وقيل إذا كان يجهله

(٢) قوله « ألقاه فى زبية أسد » وكذا لو القاه فى زبية نمر فيكون عمداً بلا نزاع وكذا لو ألقاه مكتوفاً بفضاء بحضرة سبع فقتله أو القاه بمضيق بحضرة حية فقتلته على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب . وقال القاضى لا يكون عمداً فيهما

(٣) قوله « أو أنهشه كلباً الخ » اعلم انه اذا أنهشه أو السعه شيئاً من ذلك فلا يخلو اما ان يكون ذلك يقتل غالبا فان كان يقتل غالباً فهو عمد محض وان كان لا يقتل غالباً كثعبان الحجاز أو سبع صغير وقتل به فظاهر كلام المصنف هنا يكون قتلا عمداً وهو أحد الوجهين وهو ظاهر ما جزم به فى النظم وغيره لأن الجرح لا يعتبر فيه غلبة حصول القتل به . والوجه الثانى لا يكون عمداً قدمه فى الرعايتين والحاوى وهو ظاهر كلامه فى الهداية وغيره

(٤) قوله « الرابع الخ » إذا ألقاه فى ماء فلا يخلو اما ان يكون يمكنه التخلص منه أو لا فان لم يمكنه التخلص وهو مراد المصنف هنا فهو عمد وان أمكنه التخلص كماء البئر و لم يتخلص حتى مات فالصحيح من المذهب ان موته هدر فلا يضمن الدية ولا غيرها لأن هذا الفعل لم يقتله وانما حصل موته بلبثه فيه وقيل يضمن الدية . واذا ألقاه فى نار فان لم يمكنه التخلص منها فهو عمد محض بلا نزاع وان أمكنه التخلص ولم يتخلص حتى مات فقيل دمه هدر ولا شىء عليه وهو ظاهر كلامه فى المحرر لأن هذا مهلك لنفسه بإقامته وقيل يضمن الدية بالقائه قال فى الكافى وان كان لا يقتل غالبا أو التخلص منه ممكن فلا قود فيه لانه عمد خطأ ، وظاهره انه فيه الدية

عصر خصيتيه حتى مات[١] (السادس) اذا حبسه ومنعه الطعام او الشراب حتى مات جوعا او عطشـــا فى مدة يموت فى مثلها عادة فعليه القود [٢]. (السابع) إذا سقاه سما لا يعلم به او خلطه بطعام فاطعمه او خلطه بطعامه فأ كله وهو لا يعلمه فمات فعليه القود إذا كان مثله يقتل غالبا[٣] فان خلط السم بطعام نفســه فدخل انسان منزله فأ كله فلا ضمان عليه[٤] . وان ادعى القاتل بالسم إننى لم أعلم انه سم قاتل لم يقبل قوله فى أحد الوجهين . (الثامن) ان

---

(١) قوله « الخامس الخ » ظاهره انه يشترط سد الفم والأنف جميعا وهو صحيح وظاهره انه لا فرق فى السد والعصر بين طول المدة وقصرها . وقال المصنف والشارح ان فعل ذلك فى مدة يموت فى مثلها غالبا فمات فهو عمد فيه القصاص قالا ولابد من ذلك لأن المدة اذا كانت يسيرة لا يغلب على الظن ان الموت حصل به قال الشارح واذا مات فى مدة لا يموت فى مثلها غالبا فهو شبه عمد الا ان يكون يسيرا الى الغاية بحيث لا يتوهم الموت منه فلا يوجب ضمانا

(٢) قوله « السادس الخ » أى لأن هـذا يقتل غالبا لـكنه يختلف باختلاف الزمان والناس والأحوال فاذا اعطشه فى شدة الحر مات فى الزمن القليل وان كان ريان والزمن معتدل او بارد لم يمت الا فى زمن طويل فيعتبر هذا فيه

[تنبيه] مراده اذا تعذر على الجائع والعطشان الطلب لذلك فاما اذا لم يتعذر الطلب او ترك الأكل والشرب قادرا على الطلب او غيره فلا دية له

(٣) قوله « السابع اذا سقاه الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب لما روى انس ان يهودية اتت النبى ﷺ بشاة مسمومة فأ كل منها النبى ﷺ وبشر بن البراء فلما مات بشر ارسل اليها النبى ﷺ فاعترفت فامر بقتلها رواه ابو داود

(٤) قوله « ان خلطه بطعام نفسه الخ » اى لانه لم يقتله وانمـا الداخل قتل نفسه أشبه مالو حفر فى داره بئرا ليقع فيها اللص ، وكذا لو دخل باذنه فاكل الطعام المسموم بلا اذنه

[تنبيه] مفهوم قوله فان علم آكله به وهو عاقل بالغ الخ ان غير البالغ لو اكله كان ضامنا له اذا مات وهو صحيح وهو المذهب وعليه الاصحاب . وقال الشيخ تقى الدين ان كان مميزا ففى ضمانه نظر

يقتله بسحر يقتل غالبا فيلزمه القود (١) لأنه قتله بما يقتل غالبا فأشبه قتله بالسكين . (التاسع) أن يشهدا على رجل بقتل عمد او زنا او ردة فيقتل بذلك ثم يرجعا ويقولا عمدنا قتله او يقول الحاكم علمت كذبهما وعمدت قتله او يقول ذلك الولى فهذا كله عمد محض موجب للقصاص إذا كملت شروطه

فصل

وشبه العمد ان يقصد الجناية بما لا يقتل غالبا فيقتل (٢) إما لقصد العدوان

---

(١) قوله « الثامن الخ » اذا قتله بسحر يقتل غالبا فان كان يعلم انه يقتل فهو عمد محض وان قال لم اعلمه قاتلا لم يقبل قوله على الصحيح من المذهب وقيل يقبل ويكون شبه عمد وقيل ان كان مثله يجهله

[فائدتان] اذا وجب قتله بالسحر وقتل كان قتله به حدا وتجب دية المقتول فى تركته على الصحيح من المذهب وقال المجد فى شرحه وعندى فى هذا نظر

(الثانية) قال ابن نصر الله فى حواشى الفروع لم يذكر اصحابنا المعيان القاتل بعينه وينبغى ان يلحق بالساحر الذى يقتل بسحره غالبا ، فاذا كانت عينه يستطيع القتل بها ويفعله باختياره وجب به القصاص وان وقع ذلك منه بغير قصد الجناية فيتوجه انه خطأ يجب عليه ما يجب فى قتل الخطأ وكذا ما اتلفه المعيان بعينه يتوجه فيه القول بضمانه الا ان يقع بغير قصده فيتوجه عدم الضمان انتهى . قال فى الانصاف وهذا الذى قاله حسن لكن ظاهر كلامه فى الرعاية الكبرى والترغيب عدم الضمان وكذلك القاضى على ما يأتى فى آخر باب التعزير . وقال ابن القيم فى شرح المنازل ان كان ذلك بغير اختياره بل غلب على نفسه لم يقتص منه وعليه الدية وان عمد ذلك وقدر على رده وعلم انه يقتل به ساغ للوالى ان يقتله بمثل ما قتل به فيعينه ان شاء كما عان هو المقتول واما قتله قصاصا بالسيف فلا لانه غير مماثل للجناية قال وسألت شيخنا عن القتل بالحال هل يوجب القصاص فقال للولى ان يقتله كما قتل به

على قوله « اذا كملت شروطه » وهو المذهب

(٢) قوله « وشبه العمد الخ » سمى بذلك لأنه قصد الفعل وأخطأ فى القتل وسمى خطأ العمد وعمد الخطأ لاجتماعهما فيه فقوله بقصد الجناية يحترز عن الخطأ =

عليه او لقصد التأديب له فيسرف فيه كالضرب بالسوط والعصا والحجر الصغير او لكزه بيده او يلقيه فى ماء يسير او يقتله بسحر لا يقتل غالبا وسائر ما لا يقتل غالبا . او يصيح بصبى او معتوه وهما على سطح فيسقطان[١] . او يغتفل عاقلا فيصيح به فيسقط[٢] فهو شبه عمد اذا قتل ، لأنه قصد الضرب دون القتل ويسمى خطأ العمد وعمد الخطأ لاجتماع العمد والخطأ فيه

= وبما لايقتل غالبا يحترز به عن العمدا لمحض قال فى المحرر والوجيز والفروع وغيرهم ولم يجرحه بذلك وهو المذهب سواء قصد قتله او لم يقصده وقال جماعة من الأصحاب لايكون شبه عمد الا اذا لم يقصد قتله فهذا القسم لاقود فيه فى قول اكثر اهل العلم والدية على العاقلة فى قول اكثرهم وجعله مالك عمدا فى بعض ماحكى عنه لأنه ليس فى كتاب الله الا العمد والخطأ . ولنا ماروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده مرفوعا قال عقل شبه العمد مغلظ مثل عقل العمد ولا يقتل صاحبه رواه احمد وابو داود وعن عبدالله بن عمرو مرفوعا الا ان فى قتل الخطأ شبه العمد قتيل السوط والعصا فيه مائة من الابل منها اربعون فى بطونها اولادها رواه احمد وابو داود وابن ماجه ولهم من حديث ابن عمر مثله رواهما النسائى والدارقطنى مسندا ومرسلا وهذا قسم ثبت بالسنة والقسمان الآخران ثبتا بالكتاب

(١) قوله « وهما على سطح فيسقطان » اى لأن الصياح فى العادة لايقتل غالبا فاذا تعقبه الموت كان شبه عمد

[تنبيه] مفهوم قوله او يصيح بصبى الخ انه لو صاح برجل مكلف او امرأة مكلفة وهما على سطح فسقطا انه لاشىء عليه فيهما وهو صحيح وهو ظاهر كلام كثير من الاصحاب وهو المذهب قدمه فى الفروع وقيل المكلف كالصبى والمعتوه وألحق فى الواضح المرأة بالصبى والمعتوه

(٢) قوله « أو يغتفل عاقلا الخ » هذا بلا نزاع ، وكذا لو فعل ذلك فذهب عقله . والدية فى ذلك على العاقلة لما روى ابو هريرة قال اقتتلت امراتان من هذيل فرمت احدها الاخرى بحجر فقتلتها وما فى بطنها فقضى النبى ﷺ ان دية جنينها عبد او وليدة وقضى بدية المرأة على عاقلتها متفق عليه فاوجب ديتها على العاقلة وهى لا تحمل العمد

فصل

والخطأ على ضربين : احدهما ان يرمى الصيد(١) او يفعل ماله فعله(٢) فيأول الى إتلاف إنسان معصوم فعليه الكفارة والدفع على العاقلة بغير خلاف . الضرب الثانى ان يقتل فى دار الحرب من يظنه حربيا ويكون مسلما او يرمى الى صف الكفار فيصيب مسلما او يتترس من الكفار بمسلم ويخاف على المسلمين ان لم يرمهم فيرميهم فيقتل المسلم فهذا تجب به الكفارة(٣) . والذى أجرى مجرى الخطأ كالنائم ينقلب على انسان فيقتله او يقتل بالسبب مثل ان يحفر بئرا او ينصب سكينا او حجرا فيأول إلى إتلاف إنسان . وعمد

---

(١) قوله « احدهما ان يرمى الصيد الخ » هذا بلانزاع قال ابن المنذر اجمع كل من احفظ عنه من أهل العلم ان القتل الخطأ ان يرمى الرامى شيئا فيصيب غيره لا اعلمهم يختلفون فيه هذا قول عمر بن عبد العزيز وقتادة والنخعى والزهرى وابن شبرمة والثورى ومالك والشافعى واصحاب الرأى لقوله تعالى ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله ﴾ وسواء كان المقتول مسلما او كافرا له عهد لقوله تعالى ﴿ وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله وتحرير رقبة مؤمنة ﴾ لاقصاص فى هذا لان الله تعالى اوجب الدية ولم يذكر قصاصا والدية على العاقلة لانها اذا وجبت الدية عليها فى شبه العمد فلأن تجب فى الخطأ بطريق الاولى

(٢) قوله « او يفعل ماله فعله » انه لو فعل ما ليس له فعله كأن يقصد رمى آدمى معصوم أو بهيمة محترمة فيصيب غيره ان ذلك لايكون خطأ بل عمدا وهو منصوص الامام احمد قاله القاضى فى روايتيه وهو ظاهر كلام الخرقى وقدم فى المغنى أنه خطأ وهو مقتضى كلامه فى المحرر وغيره حيث قال فى الخطأ ان يرمى صيدا او هدفا او شخصا فيصيب انسانا لم يقصده

(٣) قوله « الثانى الخ » اما الكفارة فواجبة روى ذلك عن ابن عباس وبه قال عطاء ومجاهد وعكرمة وقتادة والاوزاعى وابو حنيفة واما الدية ففيها روايتان احداها لاتجب الدية وهو المذهب قال المصنف هذا ظاهر المذهب قال الزركشى هذا المشهور عن امامنا ومختار عامة اصحابنا الخرقى والقاضى والشيرازى وابن البنا وابو محمد وغيرهم . والثانية تجب الدية جزم به فى الوجيز وهو قول مالك والشافعى =

الصبى المجنون (١) فهذا كله لا قصاص فيه والدية على العاقلة وعليه الكفارة فى ماله لأنه خطأ

فصل

وتقتل الجماعة بالواحد(٢) اذا كان فعل كل واحد منهم لو انفرد اوجب القصاص عليه . وإن جرحه احدهما جرحا والآخر مائة فهما سواء فى

═ لقوله تعالى ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله ﴾ وقال عليه الصلاة والسلام الا ان فى قتيل خطأ العمد الخبر ولنا قوله ﴿ تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ ولم يذكر دية وتركه ذكرها فى هذا القسم مع ذكرها فى الذى قبله وبعده ظاهر فى انها غير واجبة وذكره لهذا قسما مفردا يدل على انه لم يدخل فى عموم الآية التى احتجوا بها ويخصص بها عموم الخبر الذى رووه

[تنبيه] قال الشيخ تقى الدين محل هذا فى المسلم الذى هو بين الكفار معذور كالأسير والمسلم الذى لا تمكنه الهجرة والخروج من صفهم فاما الذى يقف فى صف قتالهم باختياره فلا يضمن بحال

على قوله « أو ينصب سكينا أو حجرا فيؤول الى اتلاف انسان » ٭ اى لانه مشارك للخطأ فى الاتلاف وانما لم يجعل خطأ لعدم القصد فى الجملة

(١) قوله « وعمد الصبى والمجنون » يعنى ان عمدهما من الذى اجرى مجرى الخطأ وهو كذلك لكن لو قال كنت حال الفعل صغيرا او مجنونا وأمكن صدق بيمينه

(٢) قوله « وتقتل الجماعة بالواحد » هذا المذهب كما قال المصنف هنا بلاريب إذا كان فعل كل واحد منهم صالحاً للقتل به روى ذلك عن عمر وعلى والمغيرة بن شعبة وابن عباس ، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وأبو سلمة وعطاء وقتادة ، وهو مذهب مالك والثورى والأوزاعى والشافعى واسحاق وأبى ثور وأصحاب الرأى . وعنه لا يقتلون يروى ذلك عن ابن الزبير والزهرى وابن سيرين وحبيب ابن أبى ثابت وعبد الملك وربيعة وداود وابن المنذر وحكاه ابن أبى موسى عن ابن عباس وروى عن معاذ بن جبل وابن الزبير والزهرى أنه يقتل منهم واحد ═

القصاص والدية[1] . وإن فعل أحدهما فعلا لا تبقى معه الحياة كقطع حشوته او مريئه او ودجيه ثم ضرب عنقه آخر فالقاتل هو الاول ويعزر الثانى[2] وإن شق الأول بطنه او قطع يده ثم ضرب الثانى عنقه فالثانى هو القاتل وعلى الأول ضمان ما أتلف بالقصاص والدية[3]]* وإن رماه من شاهق

ـــ ويؤخذ من الباقين حصصهم من الدية لأن كل واحد منهم مكافىء له فلا يستوفى أبدالا بمبدل واحد ولأن الله تعالى قال﴿الحر بالحر﴾ وقال﴿النفس بالنفس﴾ قال ابن المنذر ولاحجة مع من أوجب قتل الجماعة بالواحد . ولنا اجماع الصحابة فروى سعيد بن المسيب ان عمر رضى الله عنه قتل سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً وروى ابن عمر ان غلاماً قتل غيلة فقال عمر لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم رواه البخارى وعن على انه قتل ثلاثة قتلوا رجلا وعن ابن عباس انه قتل جماعة بواحد ولم نعرف لهم مخالفاً فى عصرهم فكان اجماعا ولأنها عقوبة تجب على الواحد للواحد فوجبت على الواحد للجماعة كحد القذف وتفارق الدية فانها تتبعض والقصاص لا يتبعض ولأن القصاص لو سقط بالاشتراك أدى الى التسارع بالقتل به فيؤدى إلى اسقاط حكمة الردع والزجر فعلى المذهب لو عفا الولى عنهم سقط القود ولم يلزمهم إلا دية واحدة على الصحيح من المذهب وعنه يلزمهم ديات اختاره أبو بكر وصححها الشيرازى

[فائدة] لو قتلوه بأفعال لا يصلح واحد منها لقتله نحو ان يضربه كل واحد سوطا فى حالة أو متوالياً فلا قود ، وفيه عن تواطوء وجهان فى الترغيب واقتصر عليه فى الفروع قال فى الانصاف الصواب القود

(١) قوله « وان جرحه أحدهما الخ » هذا بلا نزاع بشرطه المتقدم

(٢) قوله « وان فعل أحدهما فعلا الخ » هذا المذهب لأن الحياة لا تبقى مع جنايته ويعزر الثانى فان عفا الولى إلى الدية فهى على الأول وحده

(٣) قوله « وان شق الأول بطنه الخ » اى لأن جرح الأول تبقى معه الحياة ولم يخرج بجرحه من حكم الحياة ويكون القاتل الثانى لانه هو المفوت للنفس جزما فعليه القصاص فى النفس او الدية وينظر فى جرح الأول فان كان موجباً للقصاص ـــ

(*) هذا آخر النقص الذى أكملناه من الشرح الكبير

فتلقاه آخر بسيف فقده فالقاتل هو الثانى[١]. وأن رماه فى لجة فتلقاه حوت فابتلعه فالقود على الرامى فى أحد الوجهين[٢] وإن أكره إنسانا على القتل فقتل فالقصاص عليهما[٣] وإن أمر من لا يميز أو مجنونا أو عبده الذى لا يعلم

= كقطع الطرف فالولى مخير بين قطع طرفه والعفو على ديته وان كان لا يوجب القصاص كالجائفة ونحوها فعليه الأرش وانما جعلنا عليه القصاص لأن الثانى بفعله قطع سراية الأول فصار كالمندمل الذى لا يسرى وهذا مذهب الشافعى قال الشارح لا أعلم فيه خلافاً

[فائدتان] لو كان جرح الأول يفضى الى الموت لا محالة الا أنه لا يخرج به من حكم الحياة وتبقى منه الحياة مستقرة مثل خرق الأمعاء أو أم الدماغ فضرب الثانى عنقه فالقاتل هو الثانى قاله المصنف والشارح لانه فوت حياة مستقرة وقتل من هو فى حكم الحياة بدليل صحة وصية عمر قال فى الفروع ويتوجه تخريج رواية من مسئلة الذكاة انهما قاتلان قال فى الانصاف وهو الصواب

(الثانية) إذا اشترك ثلاثة فقطع أحدهم يده والآخر رجله والثالث أوضحه فمات فللولى قتل جميعهم والعفو عنهم الى الدية فيأخذ من كل واحد ثلثها وله أن يعفو عن واحد فيأخذ منه ثلث الدية ويقتل الآخرين وان يعفو عن اثنين فيأخذ منهما ثلثى الدية ويقتل الثالث

(١) قوله « وان رماه من شاهق الخ » أى لأنه فوت حياته قبل المصير إلى حال ييئس فيها من حياته وبه قال الشافعى ان رماه من مكان يجوز ان يسلم منه وان رماه من شاهق لا يسلم منه الواقع ففيه وجهان أحدهما كقولنا والثانى الضمان عليهما بالقصاص لأن كل واحد منهما سبب للاتلاف

(٢) قوله « وان ألقاه فى لجة الخ » وهو المذهب لأنه ألقاه فى مهلكة هلك بها والثانى لا قود عليه ويكون شبه عمد فاما ان القاه فى ماء يسير فأكله سبع أو التقمه حوت أو تمساح فلا قود عليه لأن الذى فعله لا يقتل غالباً وعليه ضمانه لأنه هلك بفعله

(٣) قوله «وان اكره انسانا الخ » هذا المذهب وقال أبو حنيفة القصاص على الآمر دون المأمور لأن المأمور صار بالاكراه بمنزلة الآلة ولنا ان المأمور قاتل فيجب عليه القصاص كما لو لم يؤمر ولان المكره تسبب الى قتله بما يقتل غالباً والمكره قتله ظلما لاستيفاء نفسه كما لو قتله فى المجاعة ليأكله فعلى هذا ان صار الأمر الى الدية فهى عليهما

ان القتل محرم بالقتل فقتل فالقصاص على الآمر[١] وإن أمر كبيرا عاقلا عالما بتحريم القتل به فقتل فالقصاص على القاتل[٢]. وإن أمر السلطان بقتل انسان

---

(١) قوله « وان أمر من لا يميز الخ » إذا أمر السيد عبده ان يقتل رجلا وكان العبد ممن لا يعلم بتحريم القتل كمن نشأ فى غير بلاد الاسلام وجب القصاص على الآمر فاما ان اقام فى بلاد الاسلام بين أهله فلا يخفى عليه تحريم القتل ولا يعذر فى فعله ومتى كان عالماً بذلك فالقصاص على العبد ويؤدب سيده لأمره بما أفضى إلى القتل بما يراه الإمام من الحبس والتعزير . واذا لم يكن عالما أدب العبد . ونقل أبو طالب عن أحمد قال يقتل المولى ويحبس العبد حتى يموت لأن العبد سوطه وسيفه كذا قال على وأبو هريرة قال على يستودع السجن وممن قاله بهذه الجملة الشافعي وممن قال ان السيد يقتل على وأبو هريرة وقال قتادة يقتلان جميعاً

[فائدة] وكذا الحكم لو أمر كبيرا يجهل تحريمه وهذا المذهب فى ذلك كله وعليه الأصحاب

[تنبيه] مفهوم قوله وان أمر من لا يميز بالقتل الخ انه لو أمر بالقتل من يميز بالقتل فقتل ان القصاص على القاتل ومفهوم قوله وان أمر كبيراً عاقلا عالماً بتحريم القتل فالقصاص على القاتل انه لا قصاص على غير الكبير العاقل فشمل من يميز فقال ابن منجا فى شرحه لا قصاص عليه ولا على الآمر اما الأول فلأنه غير مكلف وأما الثانى فلأن تمييزه يمنع أن يكون كالآلة فلا قود على واحد منهما وقال فى الفروع ومن أمر صبيا بالقتل فقتل لزم الآمر فظاهره إدخال المميز فى ذلك ويؤيده ان بعد ذلك حكى ما قاله ابن منجا فى شرحه

(٢) قوله « وان أمر كبيراً عاقلا الخ » هذا المذهب نص عليه وعليه الأصحاب قال الشارح لا نعلم فيه خلافاً . وأما الآمر فالصحيح من المذهب انه يعزر ولا غير نص عليه. وعنه يحبس كممسك . وفى المبهج رواية يقتل أيضاً . وعنه يقتل بامر عبده ولو كان كبيراً عاقلا عالما بتحريم القتل

[فائدة] لو قال لرجل اقتلنى أو اجرحنى ففعل فدمه وجرحه هدر على الصحيح من المذهب نص عليه وعنه عليه الدية

بغير حق من يعلم ذلك فالقصاص على القاتل وان لم يعلم فعلى الآمر[١] . وان أمسك انسانا لآخر ليقتله فقتله قتل القاتل وحبس الممسك حتى يموت فى احدى الروايتين[٢] والأخرى يقتل أيضا . وان كتف انسانا وطرحه فى

---

(١) قوله « وان أمر السلطان الخ » أى لأنه غير معذور فى فعله اذا كان عالما لأنه ﷺ قال « لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق » وعنه عليه الصلاة والسلام « من أمركم من الولاة بمعصية الله فلا تطيعوه » وان لم يعلم فالقصاص على الآمر لأن المأمور معذور لوجوب طاعة الامام فى غير المعصية . فالظاهر انه لا يأمر إلا بالحق وان كان الآمر غير السلطان فالقصاص على القاتل بكل حال علم أو لم يعلم لأنه لا يلزمه طاعته وليس له القتل بحال بخلاف السلطان فان اليه القتل فى الزنا والردة وقطع الطريق ويستوفى القصاص للناس وهذا ليس اليه شىء من ذلك

(٢) قوله « وان أمسك إنسانا الخ » هذا المذهب فاما وجوب القصاص على القاتل فلا خلاف فيه واما الممسك فان لم يعلم أن القاتل يقتله فلا شىء عليه لأنه متسبب والآخر مباشر فيسقط حكم المتسبب وان أمسكه له ليقتله مثل ان امسكه له حتى ذبحه فاختلفت الرواية فيه عن أحمد فعنه يحبس حتى يموت وهو المذهب وهو قول عطاء وربيعة وروى عن على وهو من مفردات المذهب وعنه يقتل أيضاً وهو قول مالك قال سليمان بن موسى الاجتماع فينا أن يقتلا لأنه لو لم يمسكه ما قدر على قتله واختاره أبو محمد الجوزى وقال أبو حنيفة والشافعى وأبو ثور وابن المنذر يعاقب ويأثم ولا يقتل لأن النبى ﷺ قال « ان أعتى الناس على الله من قتل غير قاتله » والممسك غير قاتل ولنا ما روى الدارقطنى عن ابن عمر ان النبى ﷺ قال اذا أمسك الرجل وقتله الآخر يقتل الذى قتل ويحبس الذى امسك وروى الشافعى نحوه من قضاء على ولأنه حبسه الى الموت فيحبس الآخر إلى الموت فعلى المذهب لو قتل الولى الممسك فقال القاضى عليه القصاص قال المجد وهذا ان أراد به فيمن فعل ذلك معتقدا جوازه ووجوب القصاص له فليس بصحيح قطعاً وان أراد معتقدا للتحريم فيجب أن يكون على وجهين أصحهما سقوط القصاص لشبهة الخلاف كما فى الحدود قلت وهذا هو الصحيح ان شاء الله تعالى لأن سليمان بن موسى حكاه يقتل إجماعا وهو مذهب مالك واختيار أبى محمد الجوزى

[فائدة] مثل هذه المسئلة فى الحكم لو أمسكه ليقطع طرفه ذكره فى الانتصار

أرض مسبعة أو ذات حيات فقتلته فحكمه حكم الممسك[١]

فصل

وان اشترك فى القتل اثنان لايجب القصاص على أحدهما[٢] كالأب واجنبي

= وكذا ان فتح فمه وسقاه آخر سما وكذا لو اتبع رجلا ليقتله فهرب فأدركه آخر فقطع رجله ثم أدركه الثانى فقتله فان كان الأول حبسه بالقطع فعليه القصاص فى القطع وحكمه فى القصاص فى النفس حكم الممسك على الصحيح من المذهب وفيه وجه ليس عليه الا القطع

(١) قوله « وان كتف إنسانا الخ » وهذا احدى الروايات جزم به فى الهداية والمذهب والمستوعب والخلاصة ومنتخب الأدمى وعنه عليه القود وهو المذهب جزم به فى الوجيز وغيره وعنه تلزمه الدية كغير الأرض المسبعة اختاره المصنف لأنه مما لا يقتل غالباً

(٢) قوله « وإذا اشترك فى القتل الخ » وهذا المذهب وبه قال مالك والشافعى وأبو ثور وعنه لا قصاص على واحد منهما وهو قول أصحاب الرأى لأنه قتل تركب من موجب وغير موجب فلم يوجب كقتل العامد والخاطىء والصبى والبالغ والمجنون والعاقل ولنا انه شارك فى القتل العمد العدوان فيمن يقتل به لو انفرد بقتله فوجب عليه القصاص كشريك الأجنبي وعنه يقتص من الشريك مطلقا اختاره أبو محمد الجوزى وجزم به فى الوجيز ومنتخب الأدمى وقدمه فى المحرر والنظم والرعايتين والحاوى الصغير وعنه لا يقتص من الشريك مطلقاً قال فى الفنون انا اختار رواية عن أحمد ان شركة الأجانب تمنع القود

[فائدة] لو اشترك فى القتل صبى ومجنون وبالغ فالصحيح من المذهب انه لا قصاص على البالغ وبه قال الحسن والأوزاعى واسحاق وأبو حنيفة وأصحابه وهو أحد قولى الشافعى وعنه يجب القود على البالغ وحكى ذلك عن مالك وهو القول الثانى للشافعى وروى عن قتادة والزهرى وحماد لأن القصاص عقوبة تجب عليه لفعله ولنا أنه شارك من لا اثم عليه فى فعله فلم يلزمه قصاص كشريك الخاطىء وأما شريك الخاطىء فلا يجب عليه قصاص فى قول أكثر أهل العلم وبه قال الشافعى وأصحاب الرأى وعنه عليه القصاص وحكى عن مالك لأنه شارك فى القتل عمداً عدواناً

فى قتل الولد والحر والعبد فى قتل العبد والخاطىء والعـــامد ففى وجوب القصاص على الشريك روايتان أظهرهما وجوبه على شريك الاب والعبد، وسقوطه عن شريك الخاطىء. وفى شريك السبع وشريك نفسه وجهان(١) ولو جرحه إنسان عمدا فداوى جرحه بسم أو خاطه فى اللحم أو فعل ذلك وليه أو الامام فمات ففى وجوب القصاص على الجارح وجهان(٢)

باب شروط القصاص

وهى أربعة : (أحدها) ان يكون الجانى مكلفا فأما الصبى والمجنون فلا قصاص عليهما (٣) ، وفى السكران وشبهه روايتان أصحهمـــا وجـــوبه

على قوله « أظهرهما وجوبه على شريك الآب والعبد » * تقـــديره اظهرهما وجوبه على شريك الأب ووجوبه على العبد فالعبد معطوف على لفظة شريك ولا يجوز عطفه على لفظة الأب لفساد المعنى وهو واضح

(١) قوله « وفى شريك السبع الخ» أحدهما يجب القود اختاره أبو بكر وصححه فى المذهب والتصحيح وجزم به فى الوجيز والثانى لا قود وهو المذهب وهو قول أصحاب الرأى لأنه شارك من لا يجب عليه القصاص

[فائدة] حيث اسقطنا القصاص عن الشريك وجب نصف الدية على الصحيح من المذهب

(٢) قوله « ولو جرحه إنسان الخ » أحدهما يجب القصاص على الجارح صححه فى التصحيح وجزم به فى الوجيز والثانى لا يجب القصاص وهو المذهب

(٣) قوله « أحدهما ان يكون الجانى مكلفاً الخ » لا خلاف بين أهل العلم فى أنه لا قصاص على صبى ولا مجنون وكذلك كل زائل العقل بسبب يعذر فيه كالنائم والمغمى عليه ونحوهما لقوله ﷺ « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق »

[فائدة] إذا اختلف الجانى وولى الجناية فقال الجانى كنت صبياً حال الجناية وقال ولى الجناية كنت بالغاً فالقول قول الجانى مع يمينه إذا احتمل الصدق لأن الأصل الصغر وبراءة ذمته من القصاص ، وان قال قتلته وأنا مجنون وأنكر الولى جنونه فان عرف له حال جنون فالقول قوله مع يمينه وان لم يعرف له حال جنون فالقول قول الولى

عليه[1]

فصل

(الثانى) أن يكون المجنى عليه مكافئا للجانى ، وهو ان يساويه فى الدين والحرية أو الرق ، فيقتل كل واحد من المسلم الحر أو العبد والذمى الحر أو العبد بمثله[2] ويقتل الذكر بالانثى والانثى بالذكر فى الصحيح عنه[3] ، وعنه يعطى الذكر نصف الدية اذا قتل بالانثى وعنه لا يقتل العبد بالعبد الا أن تستوى قيمتهما ولا عمل عليه ويقتل الكافر بالمسلم[4] والعبد بالحر والمرتد بالذمى وان

---

(١) قوله « وفى السكران الخ » وهذا المذهب وتقدم الكلام محرراً فى أول باب الطلاق فليعاود

(٢) قوله « فيقتل كل واحد الخ » أى لحصول المكافأة بينهما ويقتل الذمى بالذمى ان اتفقت أديانهما أو اختلفت نص عليه فى النصرانى يقتل المجوسى وذمى بمستأمن وعكسه والعبد المسلم بالعبد المسلم تساوت قيمتهما أو اختلفت فى قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن عمر بن عبد العزيز وسالم والنخعى والشعبى والزهرى وقتادة والثورى ومالك والشافعى وأبى حنيفة ويجرى القصاص بينهم فيما دون النفس ويقتل العبد القن بالمكاتب والمكاتب بالقن ويقتل كل واحد منهما بالمدبر وام الولد ويقتل المدبر وام الولد بكل واحد منهما

[فائدة] اذا قتل الكافر الحر عبداً مسلماً لم يقتل به لأن الحر لا يقتل بالعبد

(٣) قوله « ويقتل الذكر بالأنثى الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب وهذا قول عامة أهل العلم منهم النخعى والشعبى والزهرى وعمر بن عبد العزيز ومالك وأهل المدينة والشافعى واسحاق وأصحاب الرأى وعنه يعطى الذكر نصف الدية لما روى سعيد باسناده عن على قال يقتل الرجل بالمرأة ويعطى أولياؤه نصف الدية وحكى ذلك عن الحسن وعطاء وحكى عنهما مثل قول الجماعة ولنا قوله تعالى ﴿ النفس بالنفس ﴾ وقوله ﴿ الحر بالحر ﴾ مع عموم سائر النصوص وقد ثبت انه ﷺ قتل يهودياً رض رأس جارية من الأنصار

(٤) قوله « ويقتل الكافر بالمسلم » لأنه ﷺ قتل يهودياً رضخ رأس جارية من الأنصار

عاد الى الاسلام نص عليه . ولا يقتل مسلم بكافر [١] ولا حر بعبد [٢] الا أن يقتله

---

(١) قوله « ولا يقتل مسلم بكافر » ولو ارتد أي كافر كان . هذا قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن عمر وعثمان وعلى وزيد بن ثابت ومعاوية وبه قال عمر ابن عبد العزيز وعطاء والحسن وعكرمة والزهرى ومالك والثورى والأوزاعى والشافعى واسحاق وابو عبيد وأبو ثور وابن المنـــذر . وقال النخعى والشعبى وأصحاب الرأى يقتل المسلم بالذمى خاصة قال أحمد : الشعبى والنخعى قالا دية المجوسى والنصرانى مثل دية المسلم ما هذا القول واستشنعه وقال : النبي ﷺ يقول لا يقتل مسلم بكافر وهما يقولان يقتل بكافر فأى شيء أشد من هذا واحتجوا بالعمومات التى ذكرناها وبما روى ابن السلمانى (*) ان النبي ﷺ أقاد مسلما بذمى وقال أنا أحق من وفى بذمته ولنا قوله ﷺ « المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ولا يقتل مؤمن بكافر » رواه احمد وأبو داود والنسائى وفى لفظ « ولا يقتل مسلم بكافر » وعن على قال من السنة ان لا يقتل مؤمن مسلم بكافر رواه أحمد وحديثهم ليس له اسناد قال أحمد وقال الدارقطنى يرويه ابن السلمانى (*) وهو ضعيف

(٢) قوله « ولا يقتل حر بعبد » هذا المذهب وعليه الأصحاب وروى عن أبى بكر وعمر وعلى وزيد وابن الزبير وبه قال الحسن وعطاء وعمر بن عبد العزيز وعكرمة وعمرو بن دينار ومالك والشافعى واسحاق وأبو ثور وروى عن سعيد ابن المسيب والنخعى وقتادة والثورى وأصحاب الرأى يقتل به لعموم الآيات والأخبار . وقال الشيخ تقى الدين ليس فى العبد نصوص صريحة صحيحة تمنع قتل الحر به وقوى أنه يقتل به وقال هذا أقوى وأرجح على قول أحمد ولنا قوله تعالى ﴿ الحر بالحر والعبد بالعبد ﴾ ولما روى أحمد عن على قال من السنة ان لا يقتل حر بعبد وعن ابن عباس مرفوعاً مثله رواه الدارقطنى ولأنه لا يقطع طرفه بطرفه مع التساوى فى السلامة

على قوله « فانه يقتل به » « يعنى اذا قتل عبد عبداً أو ذمى أو مرتد ذميا او جرحه ثم أسلم القاتل أو الجارح أو عتق ويموت المجروح فانه يقتل به على الصحيح من المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب لأن الاعتبار بحال الوجوب وهما متكافئان حال الجناية ولأن القصاص حد وجب فلا يسقط بما طرأ كما لوجن وهذا —

(*) لعله ابن البيلمانى كما فى المغنى والشرح

وهو مثله أو يجرحه ثم يسلم القاتل أو الجارح أو يعتق ويموت المجروح فانه يقتل به . ولو جرح مسلم ذميا أو حر عبدا ثم أسلم المجروح أو عتق ومات فلا قود وعليه دية حر مسلم فى قول ابن حامد(١) وفى قول أبى بكر عليه فى الذمى دية ذمى وفى العبد قيمته لسيده(٢). وان رمى مسلم ذميا عبدا فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم فلا قود وعليه دية حر مسلم اذا مات من الرمية ذكره الخرقى(٣) وقال ابو بكر عليه القصاص . ولو قتل من يعرفه ذميا عبدا فبان انه قد اسلم وعتق فعليه القصاص(٤) وان كان يعرفه مرتداً فكذلك قاله أبو بكر(٥) قال ويحتمل ان لا يلزمه الا الدية

فصل

(الثالث) أن يكون المقتول معصوما فلا يجب القصاص بقتل حربى

= قول الشافعى ويحتمل أن لا يقتل به وهو قول الأوزاعى لقوله ﷺ لا يقتل مؤمن بكافر

(١) قوله « وعليه دية حر مسلم الخ » هذا المذهب اختاره المصنف والشارح لأن الاعتبار فى الأرش بحال استقرار الجناية بدليل ما لو قطع يدى رجل ورجليه فسرى الى نفسه ففيه دية واحدة اعتبارا بحال استقرار الجناية ، ولو اعتبر حال الجناية وجب ديتان

(٢) قوله « وفى قول أبى بكر الخ » هذا اختيار القاضى وأصحابه لأن حكم القصاص معتبر بحال الجناية فكذا هنا

(٣) قوله « وان رمى مسلم ذمياً عبداً الخ » ما قاله الخرقى هو المذهب

(٤) قوله « ولو قتل من يعرفه الخ » هذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب لأنه قتل من يكافئه بغير حق أشبه ما لو علم حاله ، وقيل لا قصاص ذكره فى القواعد الأصولية

[فائدة] مثل ذلك فى الحكم لو قتل من يظنه قاتل أبيه فلم يكن

(٥) قوله « وان كان يعرفه مرتدا الخ » وهو المذهب لأنه قتل مكافئاً عدواناً عمداً ، ويحتمل ان لا يلزمه الا الدية لأنه لم يقصد قتل معصوم

ولا مرتد ولا زان محصن وان كان القاتل ذميا[١]. ولو قطع مسلم أو ذمي يد مرتد أو حربي فاسلم ثم مات أو رمى حربيا فأسلم قبل ان يقع به السهم فلا شيء وان رمى مرتدا فأسلم قبل وقوع السهم به فلا قصاص عليه وفي الدية وجهان[٢] وان قطع يد مسلم فارتد ومات فلا شيء على القاطع في أحد الوجهين وفي الآخر يجب القصاص في الطرف أو نصف الدية[٣] وان عاد الى الاسلام ثم مات وجب القصاص في النفس في ظاهر كلامه وقال القاضي ان كان زمن الردة مما تسرى فيه الجناية فلا قصاص فيه[٤]

---

(١) قوله « الثالث ان يكون المقتول معصوما الخ » وهو المذهب مطلقا وعليه الأصحاب ويحتمل قتل ذمي وأشار بعض أصحابنا اليه فعلى المذهب لا دية أيضا عليه وعلى المذهب يعزر فاعل ذلك للافتيات على ولي الأمر

(٢) قوله « ولو قطع مسلم الخ » هذا المذهب مطلقا وعليه جماهير الأصحاب لأنه لم يجن على معصوم

(٣) قوله « وان قطع يد مسلم الخ » إذا قطع يد مسلم ثم ارتد المقطوع ومات لم يجب القود في النفس بلا نزاع ولا يجب القود في الطرف أيضا على الصحيح من المذهب لأنها نفس مرتد غير معصوم فعلى المذهب يجب عليه الأقل من دية النفس أو الطرف يستوفيه الامام على الصحيح من المذهب لأن الصحيح من المذهب أن مال المرتد فيء وقد تقدم الخلاف فيه في ميراث أهل الملل وقيل لا يجب عليه شيء

(٤) قوله « وان عاد الى الاسلام الخ » وهو المذهب نص عليه .وقال القاضي يتوجه عندي ان زمن الردة ان كان مما تسرى فيه الجناية لم يجب القصاص في النفس وهل يجب في الطرف الذي قطع في اسلامه على وجهين وهذا مذهب الشافعي لأن القصاص يجب بالجناية والسراية كلها فاذا لم يوجد جميعها في الاسلام لم يجب القصاص كما لو جرحه أحدهما في الاسلام والآخر في الردة فمات منهما . ولنا انه مسلم حال الجناية والموت فوجب القصاص بقتله واحتمال السراية حال الردة لا يمنع لأنها غير معلومة فلا يجب ترك السبب المعلوم لاحتمال المانع ، فعلى قول القاضي لا يجب إلا نصف الدية على الصحيح من المذهب

فصل

(الرابع) ان لا يكون أبا للمقتول فلا يقتل الوالد بولده وان سفل والاب والام فى ذلك سواء[١] ويقتل الولد بكل واحد منهما فى أظهر الروايتين[٢]

---

(١) قوله « فلايقتل الوالد الخ » أى الوالد وان علا بالولد وان سفل وسواء فى ذلك ولد البنين وولد البنات وهذا المذهب ، وممن نقل عنه ان الوالد لايقتل بولده عمر بن الخطاب وبه قال ربيعة والثورى والأوزاعى والشافعى واسحاق وأصحاب الرأى ، وقال ابن نافع وابن عبد الحكم وابن المنذر يقتل به لظاهر آى الكتاب والاخبار الموجبة للقصاص . وقال مالك ان قتله حذفاً بالسيف ونحوه لم يقتل به وان ذبحه أو قتله قتلا لايشك فى انه عمد الى قتله دون تأديبه أقيد به . ولنا ما روى عمر بن الخطاب وابن عباس رضى الله عنهم ان النبى ﷺ قال « لا يقتل والد بولده » أخرج النسائى حديث عمر ورواهما ابن ماجه وذكرهما ابن عبد البر وقال هو حديث مشهور عند أهل العلم بالحجاز والعراق مستفيض عندهم يستغنى بشهرته وقبوله والعمل به عن الاسناد فيه حتى يكون الاسناد فيه مع شهرته تكلفا . والجد وان علا كالأب فى هــــذا سواء كان من قبل الأب أو الأم فى قول أكثر مسقطى القصاص عن الأب . وقال الحسن بن حي يقتل به . ولنا انه والد فيدخل فى عموم النص ولقوله ﷺ ان ابنى هذا سيد وعنه تقتل الأم وردها القاضى وقال لا تقتل الأم رواية واحدة ، وعنه يقتل الأب والأم ، وعنه يقتل أبو الأم بولد بنته وعكسه

[تنبيهان] أحدهما عموم كلامه انه لا تأثير لاختلاف الدين والحرية كاتفاقهما وهو صحيح وقاله الأصحاب فلو قتل الكافر ولده المسلم أو قتل المسلم أباه الكافر أو قتل العبد ولده الحر أوقتل الحر والده العبد لم يجب القصاص لشرف الأبوة فيما إذا قتل ولده وانتفاء المكافأة فيما إذا قتل والده

(الثانى) مراده بقوله فلا يقتل الوالد بولده غير ولده من الزنا فانه يقتل به على الصحيح من المذهب وقيل لا وهو ظاهر كلام المصنف

[فائدة] يقتل الوالد بقتل ولده من الرضاع قاله فى الفروع

(٢) قوله « ويقتل الولد الخ » وهو المذهب وهو قول عامة أهل العلم منهم مالك والشافعى واسحاق وأصحاب الرأى

ومتى ورث ولده القصاص أو شيئا منه أو ورث القاتل شيئا من دمه سقط القصاص (١) فلو قتل امرأته وله منها ولد أو قتل أخاها فورثته ثم ماتت فورثها ولده سقط عنه القصاص (٢). ولو قتل أباه او اخاه فورثه أخواه ثم قتل أحدهما صاحبه سقط القصاص عن الاول لانه ورث بعض دم نفسه. ولو قتل أحد الابنين أباه والآخر امه وهى زوجة الاب سقط القصاص عن الاول (٣)

---

(١) قوله « ومتى ورث الخ » وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب فلو قتل أحد الزوجين صاحبه ولها ولد لم يجب القصاص لأنه لو وجب لوجب لولده ولا يجب للولد قصاص على أبيه لأنه إذا لم يجب بالجناية عليه فلأن لا يجب له بالجناية على غيره أولى وسواء كان الولد ذكرا أو أنثى أو كان للمقتول ولد سواه أو من يشاركه فى الميراث أو لم يكن لأنه لو ثبت القصاص لوجب له جزء منه ولا يمكن وجوبه وإذا لم يثبت بعضه سقط كله فان لم يكن للمقتول ولد منهما وجب القصاص فى قول أكثر أهل العلم منهم عمر بن عبد العزيز والنخعى والثورى والشافعى وأصحاب الرأى وقال الزهرى لا يقتل الزوج بامرأته لأنه ملكها بعقد النكاح اشبه الأمة وعنه لا يسقط بارث الولد

(٢) قوله « ولو قتل أخا زوجته الخ » أى سواء كان لها ولد من غيره أو لا لأن القصاص فيما ورثه ولده منها سقط فسقط جميعه لأن القصاص لا يتبعض فاشبه ما لو عفا أحد الشريكين لما ذكرنا . وكذلك لو قتلت المرأة أخا زوجها فصار القصاص أو جزء منه لابنها سقط القصاص سواء صار اليه ابتداء أو انتقل اليه من ابنه أو من غيره لما ذكرنا

[فائدة] لو قتل رجل أخاه فورثه ابن القاتل أو أحد يرث ابنه منه شيئا لم يجب القصاص لما ذكرنا

(٣) قوله « واذا قتل أحد الابنين أباه والآخر أمه، والزوجية بينهما موجودة حال قتل الأول فالقصاص على القاتل الثانى دون الأول » لأن القتيل الثانى ورث جزءا من دم الأول فلما قتل ورثه قاتل الاول فصار له جزء من دم نفسه فسقط القصاص ووجب له القصاص على أخيه فان قتله ورثه ان لم يكن له وارث سواه لأنه قتله بحق وان لم تكن الأم زوجة الأب فعلى كل واحد منهما القصاص لأخيه لأنه ورث الذى قتله أخوه وحده دون قاتله وان بادر أحدهما فقتل أخاه فقد

لذلك وله ان يقتص من أخيه ويرثه . فان قتل من لا يعرف وادعى كفره او رقه أو ضرب ملفوفا فقده وادعى انه كان ميتا وأنكر وليه او قتل رجلا فى داره وادعى انه دخل يكابره على أهله وماله فقتله دفعا عن نفسه وأنكر وليه او تجارح اثنان وادعى كل واحد انه جرحه دفعا عن نفسه وجب القصاص والقول قول المنكر (١)

═ استوفى حقه وسقط القصاص عنه لأنه يرث أخاه لكونه قتله بحق فلا يمنع الميراث الا أن يكون للمقتول ابن أو ابن ابن يحجب القاتل فيكون له قتل عمه ويرثه ان لم يكن له وارث سواه فان تشاحا فى المبتدى منهما بالقتل احتمل أن يبدأ بالقاتل الأول لأنه أسبق واحتمل أن يقرع بينهما وهو قول القاضي ومذهب الشافعي لأنهما تساويا فى الاستحقاق

[فائدة] نقل حنبل فيمن أريد قتله قوداً فقال رجل آخر أنا القاتل لا هذا أنه لا قود والدية على المقر لقول على أحيا نفسا ذكره الشيرازى فى المنتخب وحمله القاضى على ان الولى صدقه بعد قوله لا قاتل سوى الأول ولزمته الدية لصحة بذلها منه وذكر فى المنتخب فى القسامة لوشهدا عليه بقتل فاقر به غيره فذكر رواية حنبل انتهى

(١) قوله « وان قتل من لا يعرف الخ » وهذا المذهب فى ذلك كله وكذا لو قطع طرف انسان وادعى شلله أو قلع عينا وادعى عماها أو قطع ساعداً أو ادعى انه لم يكن عليه كف أو قطع ساقا وادعى انها لم يكن لها قدم وسأل ابن عقيل القاضى عن من ضرب ملفوفا فقده فقال القاضى أفلا يعتبر بالدم وعدمه فقال لا لم يعتبره الفقهاء قال فى الفروع ويتوجه يعتبر قال فى الانصاف وهو قوى عند أهل الخبرة بذلك وذكر فى الفروع فيمن قتل شخصا وادعى انه دخل يكابره على أهله أو ماله فقتله توجها بعدم القصاص فى معروف بالفساد ، قال فى الانصاف وهو الصواب ويعمل بالقرائن والأحوال

[فائدتان] لو ادعى القاتل ان المقتول زنا وهو محصن لم تقبل دعواه من غير بينة لأن الأصل عدم ذلك وان أقام شاهدين باحصانه قبل بخلاف الزنا فلا بد فيه من أربعة

باب استيفاء القصاص

ويشترط له ثلاثة شروط : (أحدها) ان يكون مستحقه مكلفا فان كان صبيا او مجنونا لم يجز استيفاؤه[١] ويحبس القاتل حتى يبلغ الصبي ويعقل المجنون[٢] الا ان يكون لهما اب فهل له استيفاؤه لهما ؟ على روايتين[٣]. فان كانا محتاجين الى النفقة فهل لوليهما العفو على الدية ؟ يحتمل وجهين[٤]. وان قتلا

(الثانية) لو اختصم قوم بدار فجرح بعضهم بعضا وقتل بعضهم بعضا وجهل الحال بان لم يعلم القاتل ولا الجارح فعلى عاقلة المجروحين دية القتلى يسقط منها ارش الجراح قضى به على رواه أحمد فان كان فى المختصمين من ليس به جرح شارك المجروحين فى دية القتلى فى أحد الوجهين وهو الصحيح والوجه الثانى لا دية عليهم

(١) قوله « فان كان صبيا الخ » أى لأنه غير مكلف وغير المكلف ليس أهلا للاستيفاء به بدليل انه لا يصح اقراره ولا تصرفه

(٢) قوله « ويحبس الخ » أى ويقدم الغائب لأن فيه حظا للقاتل بتأخير قتله وحظا المستحق بإيصاله الى حقه وقد حبس معاوية هدبة بن خشرم فى قود حتى يبلغ ابن القتيل فلم ينكر ذلك

(٣) قوله « الا أن يكون لهما أب الخ » احداهما ليس له استيفاؤه وهو المذهب وبه قال الشافعى ، والثانية له استيفاؤه وبه قال أبو حنيفة ومالك لأن القصاص أحد بدلى النفس فكان للأب استيفاؤه كالدية فعلى هذه الرواية يجوز له العفو إلى الدية نص عليه. ولنا انه لا يملك إيقاع الطلاق بزوجته فلا يملك استيفاء القصاص له كالوصى ولان القصد التشفى ودرك الغيظ فلا يحصل ذلك باستيفاء الولى ويخالف الدية فان الغرض يحصل باستيفاء الاب فافترقا

[تنبيه] ظاهر كلام المصنف ان الوصى والحاكم ليس لواحد منهما استيفاؤه لهما وهو المذهب وعنه يجوز لهما استيفاؤه كالأب

(٤) قوله « وان كانا محتاجين الخ » وكذا قال فى الهداية والمذهب وهما روايتان احداهما العفو وهو الصحيح ، قال ، القاضى وهو الصحيح وصححه الشارح وغيره . والثانى ليس له ذلك لأنه لا يملك اسقاط قصاصه ونفقته فى بيت المال ، والأول أصح لأن وجوب نفقته فى بيت المال لا تغنيه إذا لم تحصل قال فى =

قاتل ابيهما او قطعا قاطعهما قهرا احتمل ان يسقط حقهما واحتمل أن تجب لها دية ابيهما فى مال الجانى وتجب دية الجانى على عاقلتهما[١] وان اقتصا ممن لا تحمل ديته العاقلة سقط حقهما وجها واحدا

فصل

(الثانى) اتفاق جميع الأولياء على استيفائه وليس لبعضهم استيفاؤه دون بعض فان فعل فلا قصاص عليه[٢] وعليه لشركائه حقهم من الدية ويسقط عن الجانى فى احد الوجهين[٣] وفى الآخر لهم ذلك فى تركة الجانى

= الانصاف والمنصوص جواز عفو ولى المجنون دون الصبى وهو المذهب صححه فى التصحيح وجزم به فى الوجيز والمنور لأن المجنون ليست له حالة معتادة ينتظر فيها افاقته ورجوع عقله بخلاف الصبي

(١) قوله « وان قتلا قاتل أبيهما الخ » الاحتمال الأول هو المذهب لأنه أتلف عين حقه فسقط حقه أشبه ما لو كانت لها وديعة عند شخص فأخذاها منه قهراً وكما لو اقتصا ممن لا تحمل العاقلة ديته . والاحتمال الثانى جزم به فى الترغيب وعيون المسائل لأنه ليس من أهل الاستيفاء فلا يكون مستوفيا لحقه فتجب لها دية أبيهما فى مال الجانى وعلى عاقلتهما دية المقتول لأن عمد الصبي والمجنون خطأ

على قوله « وان اقتصا ممن لا تحمل ديته العاقلة » كالعبد

(٢) قوله « الثانى اتفاق جميع الاولياء الخ » هذا بلا نزاع لانه يكون مستوفيا لحق غيره بلا إذنه ولا ولاية عليه

(٣) قوله « وعليه لشركائه الخ » أى الذى لم يقتل قسطه من الدية لان حقه من القود سقط بغير اختياره لكن هل تجب فى تركة الجانى أو على قاتل الجانى فيه وجهان : أحدهما يرجع على قاتل الجانى لانه أتلف محل حقه فكان له الرجوع عليه بعوض نصيبه ، والثانى يرجع فى تركة الجانى كما لو أتلفه أجنبى أو عفا شريكه عن القصاص ويرجع ورثة الجانى على قاتله بما فوق حقه وهذا المذهب فعلى هذا لو كان الجانى أقل دية من قاتله مثل امرأة قتلت رجلا له ابنان قتلها أحدهما بغير إذن الآخر فللآخر نصف دية أبيه فى تركة المرأة التى قتلته ويرجع ورثتها بنصف ديتها =

ويرجع ورثة الجانى على قاتله ، وان عفا بعضهم سقط القصاص[1] وان كان العافى زوجا أو زوجة وللباقين حقهم من الدية على الجانى ، فان قتله الباقون عالمين بالعفو وسقوط القصاص به فعليهم القود[2] والا فلا قود وعليهم ديته

= على قاتلها وهو ربع دية الرجل وعلى الوجه الاول يرجع الابن الذى لم يقتل على أخيه بنصف دية المرأة لانه لم يفوت على أخيه الا نصف المرأة وهذا يدل على ضعف هذا الوجه

(١) **قوله** « وان عفا بعضهم الخ » القصاص حق لجميع الورثة من ذوى الأنساب والأسباب والرجال والنساء والصغار والكبار فمن عفا منهم صح عفوه وسقط القصاص ولم يكن لأحد اليه سبيل ، وهذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والنخعى والحكم وحماد والثورى وأبو حنيفة والشافعى ، وروى معنى ذلك عن عمر وطاوس والشعبى وقال الحسن وقتادة والزهرى وابن شبرمة والليث والأوزاعى ليس للنساء عفو والمشهور عن مالك انه موروث للعصبات خاصة وهو وجه لأصحاب الشافعى لأنه يثبت لدفع العار فاختص به العصبات كولاية النكاح وهذا رواية عن احمد ذكرها ابن البنا واختاره الشيخ تقى الدين ، وفيه وجه انه يختص بذوى الأنساب . ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام فاهله بين خيرتين وهذا عام فى جميع أهله والمرأة من أهله بدليل قوله ﷺ «من يعذرنى من رجل بلغنى أذاه فى أهلى وما علمت على أهلى الا خيراً » وروى زيد بن وهب ان رجلا قتل قتيلا فأتى به عمر فجاء ورثة المقتول ليقتلوه فقالت امرأة المقتول وهى أخت القاتل : قد عفوت عن حقى فقال عمر الله أكبر عتق القتيل رواه أبو داود ومتى عفا بعضهم فللباقين حقهم من الدية سواء عفا مطلقا أو الى الدية وبه قال أبو حنيفة والشافعى ولا نعلم لهم مخالفاً

(٢) **قوله** « فان قتله الباقون الخ » إذا قتله الشريك الذى لم يعف عالما بعفو شريكه وسقوط القصاص به فعليه القود سواء حكم به الحاكم أو لم يحكم وهو المذهب وبه قال أبو حنيفة وأبو ثور وهو الظاهر من مذهب الشافعى ، وقيل له قول آخر لا يجب القصاص لأنه له فيه شبهة لوقوع الخلاف فيه . ولنا انه قتل معصوماً مكافئاً له عمدا يعلم انه لا حق له فيه فوجب عليه القصاص كما لو حكم بالعفو حاكم ، والاختلاف لا يسقط القصاص فانه لو قتل مسلما بكافر قتلناه به مع الاختلاف فى =

سواء كان الجميع حاضرين او بعضهم غائبا ، وان كان بعضهم صغيرا او مجنونا فليس للبالغ العاقل الاستيفاء حتى يصيرا مكلفين فى المشهور عنه[١] ، وعنه لهم ذلك . وكل من ورث المال ورث القصاص على قدر ميراثه من المال حتى الزوجان وذوو الارحام . ومن لا وارث له وليه الامام ان شاء اقتص وان شاء عفا[٢]

فصل

(الثالث) ان يؤمن فى الاستيفاء التعدى الى غير القاتل[٣] فلو وجب

= قتله فاما ان قتله قبل العلم بالعفو فلا قصاص عليه بلا نزاع وبه قال أبو حنيفة لأنه معتقد ثبوت حقه فيه مع ان الأصل بقاؤه وقال الشافعى متى قتله بعد حكم الحاكم لزمه القصاص علم بالعفو أو لم يعلم فاما ان كان القاتل هو العافى فعليه القصاص سواء عفا مطلقاً أو الى مال ، وبهذا قال عكرمة والثورى ومالك والشافعى وابن المنذر ، وروى عن الحسن تؤخذ منه الدية ولا يقتل

(١) قوله « وان كان بعضهم صغيراً الخ » اذا كان ورثة القتيل أكثر من واحد لم يجز لبعضهم استيفاء القود إلا بإذن الباقين وان كان بعضهم غائبا انتظر قدومه ولم يجز للحاضر الاستقلال بالاستيفاء بغير خلاف علمناه وان كان بعضهم صغيراً أو مجنونا فمذهب أحمد انه ليس لغيرهما الاستيفاء وبه قال ابن سيرين وابن أبى ليلى والشافعى وأبو يوسف واسحاق ويروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز وعنه للكبار العقلاء استيفاؤه وبه قال حماد ومالك والأوزاعى والليث وأبو حنيفة لأن الحسن بن على قتل ابن ملجم قصاصاً وفى الورثة صغار . ولنا انه قصاص غير متحتم ثبت لجماعة معينين فلم يجز لأحدهم استيفاؤه استقلالا كما لو كان لحاضر وغائب

(٢) قوله « ومن لا وارث له الخ » هذا المذهب المقطوع به فيفعل مايرى فيه المصلحة للسلمين من القصاص أو العفو على مال وهو الدية لا أقل وليس له العفو مجاناً على الصحيح من المذهب لأن ذلك للسلمين ولا حظ لهم فى ذلك وهذا قول أصحاب الرأى

[فائدة] لو مات الصبى والمجنون قبل البلوغ والعقل قام وارثهما مقامهما فى القصاص على الصحيح من المذهب

(٣) قوله « الثالث أن يؤمن الخ » لقوله تعالى ﴿ فلا يسرف فى القتل ﴾ =

القصاص على حامل او حملت بعد وجوبه لم تقتل حتى تضع الولد وتسقيه اللبأ (١) ثم ان وجد من يرضعه والا تركت حتى تفطمه(٢) ولا يقتص منها فى الطرف حال حملها(٣). وحكم الحد فى ذلك حكم القصاص(٤) فان ادعت الحمل احتمل ان يقبل منها فتحبس حتى يتبين أمرها واحتمل ان لا يقبل الا ببينة(٥). وان اقتص من حامل وجب ضمان جنينها على قاتلها (٦) وقال أبو الخطاب يجب على السلطان الذى مكنه من ذلك

= والقتل المفضى الى التعدى فيه إسراف

(١) قوله «فلو وجب القصاص الخ» هذا بغير خلاف نعلمه لما روى ابن ماجه باسناده عن عبد الرحمن بن غنيم قال حدثنا معاذ بن جبل وأبو عبيدة بن الجراح وعبادة بن الصامت وشداد بن أوس قالوا ان رسول الله ﷺ قال اذا قتلت المرأة عمداً فلا تقتل حتى تضع مافى بطنها ان كانت حاملا وحتى تكفل ولدها وان زنت لم ترجم حتى تضع ما فى بطنها وحتى تكفل ولدها، ولانه يخاف على ولدها وقتله حرام

(٢) قوله «ثم ان وجد من يرضعه الخ» اى لما تقدم وهذا المذهب مطلقاً وقال فى المغنى وتبعه الشارح له القود ان غذى بلبن شاة

(٣) قوله «ولا يقتص منها فى الطرف الخ» هذا بلا نزاع والصحيح من المذهب أنه يقتص منها بالوضع وقال فى المغنى حتى تسقى اللبأ وفى المستوعب وغيره ويفرغ نفاسها

(٤) قوله «وحكم الحد الخ» أى للخبر السابق ولأنه فى معناه

(٥) قوله «وان ادعت الحمل الخ» الاحتمال الأول هو المذهب لأن للحمل أمارات خفية تعلمها من نفسها دون غيرها فوجب ان يحتاط له

(٦) قوله «وان اقتص من حامل الخ» وهذا المذهب لانه المباشر فلو انفصل ميتاً أو حياً لوقت لا يعيش فى مثله ففيه غرة، وان انفصل حياً لوقت يعيش مثله فيه ثم مات من الجناية ففيه الدية. وقال المصنف وينظر فان كان الولى والامام عالمين بالحمل وتحريم الاستيفاء أو جاهلين بالأمرين أو احدهما أو كان =

فصل

ولا يستوفى القصاص الا بحضرة السلطان[١] وعليه تفقد الآلة التى يستوفى بها القصاص فان كانت كالة منعه الاستيفاء بها وينظر فى الولى ان كان يحسن الاستيفاء ويقدر عليه أمكنه منه والا أمره بالتوكيل، وان احتاج الى أجرة فمن مال الجانى[٢] والولى مخير بين الاستيفاء بنفسه ان كان يحسن وبين التوكيل[٣] وقيل ليس له ان يستوفى فى الطرف بنفسه بحال. وان تشاح أولياء المقتول فى الاستيفاء قدم أحدهم بالقرعة

= الولى عالما بذلك دون الممكن له من الاستيفاء فالضمان عليه وحده لأنه مباشر والحاكم الذى مكنه صاحب سبب وان علم الحاكم دون الولى فالضمان على الحاكم وحده لأن المباشر معذور انتهى. وقال القاضى ان كان أحدهما عالما وحده فالضمان عليه وحده وان كانا عالمين فالضمان على الحاكم وان كانا جاهلين ففيه وجهان أحدهما الضمان على السلطان والثانى على الولى. فعلى القول بأن السلطان يضمن هل تجب الغرة فى مال الامام أو فى بيت المال فيه روايتان: احداهما فى بيت المال وهذا المذهب على ما يأتى فى العاقلة، وان القته حياً ثم مات وقلنا يضمنه السلطان فهل تجب ديته على عاقلة الامام أو فى بيت المال فيه روايتان: احداهما فى بيت المال وهى المذهب لأنه من خطأ الامام وخطأه فى بيت المال على ما يأتى

(١) قوله «ولا يستوفى القصاص الخ» هذا المذهب مطلقا لأنه يفتقر إلى اجتهاده ولا يؤمن منه الحيف فلو خالف وقع الموقع لأنه استوفى حقه، وفى المغنى والشرح يعزر للافتئات، ويحتمل جوازه بغير حضرته اختاره الشيخ تقى الدين لأنه عليه الصلاة والسلام أتاه رجل يقود آخر فقال ان هذا قتل أخى فاعترف بقتلة فقال النبي ﷺ اذهب فاقتله رواه مسلم. ولان اشتراط حضوره لا يثبت الا بدليل ولم يوجد

(٢) قوله «وان احتاج الى أجرة الخ» هذا المذهب كالحد ولانها أجرة لإيفاء ما عليه من الحق

(٣) قوله «والولى مخير الخ» هذا المذهب مطلقاً وعليه جماهير الاصحاب لان التوكيل حق له فكان له الخيرة فيه

فصل

ولا يستوفى القصاص فى النفس الا بالسيف فىاحدى الروايتين[١] وفى الأخرى يفعل به كما فعل به[٢]فلو قطع يده ثم قتله بحجر أو غرقه اوغير ذلك فعل به مثل فعله . وان قطع يده من مفصل اوغيره اوأوضحه فمات فعل به كفعله فان مات والا ضربت عنقه وقال القاضى يقتل ولا يزاد على ذلك رواية واحدة[٣]وان قتله بمحرم فى نفسه كتجريع الخمر واللواط ونحوه قتل بالسيف

---

(١) قوله « ولا يستوفى القصاص الخ » وهو المذهب قال فى الفروع نص عليه واختاره الأصحاب قال الزركشى هو المشهور واختيار الاكثرين وبه قال عطاء والثورى وأبو يوسف ومحمد لقوله ﷺ لا قود الا بالسيف رواه ابن ماجه

(٢) قوله « وفى الأخرى الخ » وهذا مذهب عمر بن عبد العزيز ومالك والشافعى وأبى حنيفة وأبى ثور لقوله تعالى ﴿وان عاقبتم فعاقبوا﴾ الآية وقوله ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ ولأن النبى ﷺ رضخ رأس يهودى لرضخه رأس جارية من الأنصار بين حجرين وعنه ﷺ انه قال « من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه » ولأن القصاص موضوع على المماثلة ولفظه مشعر به وهذا اختيار الشيخ تقى الدين وقال هذا أشبه بالكتاب والسنة والعدل ، قال الزركشى وهى أصح دليلا

(٣) قوله « وان قطع يده من مفصل الخ » فى هذه المسئلة طريقان أحدهما ان فيها الروايتين المتقدمتين وهو ظاهر كلام المصنف هنا ، والطريق الثانى انه هنا يقتل ولا يزاد عليه رواية واحدة وهذا قول أبى بكر والقاضى قال المصنف فى المغنى وتبعه الشارح وهو الصحيح من المذهب . واعلم ان محل ذلك فيما لو انفرد لم يكن فيه قصاص كما لو أجافه أو أمه أو قطع يده من نصف ذراعه أو رجله من نصف ساقه أو يداً ناقصة أو شلاء أو زائدة ونحوه فسرى ومثل المصنف بما لا يجب فيه قصاص كالقطع من غير مفصل والموضحة ومثل بما يجب فيه القصاص كالقطع من مفصل واعلم انه لو قطع يديه أو رجليه أوجرحه جرحاً يوجب القصاص لو انفرد فسرى الى النفس ففيه طريقان أيضاً والصحيح منهما انه على الروايتين وحيث قلنا يفعل به مثل ما فعل وفعل فان مات والا ضربت عنقه فعلى المذهب

رواية واحدة[١]. ولا تجوز الزيادة على ما أتى به رواية واحدة ولا قطع شيء من أطرافه فان فعل فلا قصاص فيه[٢] وتجب فيه ديته سواء عفا عنه أو قتله[٣]

فصل

وان قتل واحد جماعة فرضوا بقتله قتل لهم ولا شيء لهم سواه[٤] وان

= في أصل المسئلة لو فعل به مثل فعله فقد أساء ولم يضمن وانه لو قطع طرفه ثم قتله قبل البرء ففي دخول قود طرفه في قود نفسه كدخوله في الدية روايتان احداهما يدخل قود الطرف في قود النفس ويكفي قتله صححه في النظم وقدمه في الرعايتين وهو ظاهر ما قطع به الخرقي ، والرواية الثانية لا يدخل قود الطرف في قود النفس فله قطع طرفه ثم قتله وعلى المذهب أيضاً لو قطع طرفاً ثم عفا الى الدية كان له تمامها وان قطع ما يوجب الدية ثم عفا لم يكن له شيء وان قطع أكثر مما يوجب دية ثم عفا فهل يلزمه ما زاد على الدية أم لا فيه احتمالان قال في الانصاف الصواب انه لا يلزمه الزائد وعلى الرواية الثانية الاقتصار على ضرب عنقه أفضل ، فان قطع ما قطع الجاني أو بعضه ثم عفا مجانا فله ذلك وان عفا الى الدية لم يجز بل له ما بقي من الدية فان لم يبق شيء سقط

(١) قوله « وان قتله بمحرم الخ » وهذا اتفاق

(٢) قوله « ولا قطع شيء من أطرافه فان فعل الخ » هذا بلا خلاف نعلمه

(٣) قوله « وتجب فيه ديته الخ » وهذا المذهب وبه قال أبو حنيفة وقال مالك والشافعي وابن المنذر وأبو يوسف ومحمد لاضمان عليه ولكن قد أساء ويعزر وسواء عفا عن القاتل أو قتله لأنه قطع طرفاً من جملة استحق اتلافها فلم يضمنه كما لو قطع إصبعا من يد يستحق قطعها . ولنا انه قطع طرفا له قيمة حال القطع بغير حق فوجب عليه ضمانه كما لو عفا عنه ثم قطعه أو كما لو قطعه أجنبي فاما ان قطعه ثم قتله احتمل ان يضمنه أيضا لأنه يضمنه اذا عفا عنه فكذلك اذا لم يعف لأن العفو احسان واحتمل ان لا يضمنه وهو قول أبي حنيفة لأنه لو قطع متعديا ثم قتل لم يضمن الطرف فلأن لا يضمنه اذا كان القتل مستحقا أولى

[فائدة] لو قطع يده فقطع المجني عليه رجل الجاني فقيل هو كقطع يده وقيل يلزمه دية رجله قال في الانصاف وهو الصواب

(٤) قوله « وان قتل واحد جماعة الخ » هذا أحد الوجوه والمذهب منها لأنه =

تشاحوا فيمن يقتله منهم على الكمال أقيد للأول وللباقين دية قتيلهم وان رضى الاول بالدية أعطيها وقتل للثانى وان قتل وقطع طرفا قطع طرفه ثم قتل لولى المقتول وان قطع أيدى جماعة فحكمه حكم القتل

باب العفو عن القصاص

والواجب بقتل العمد أحد شيئين القصاص او الدية فى ظاهر المذهب(١) والخيرة فيه الى الولى فان شاء اقتص وان شاء أخذ الدية وان شاء عفا إلى غير

= اذا قتل لهم وقدر ضوا به لم يكن له شيء سواه لأن الحق لا يتسع لأكثر من واحد واما اذا أراد أحدهم القود والآخرون الدية أقيد لمن اراد القود وللآخرين الدية من مال القاتل سواء كان المختار للقود الأول أو الثانى أو من بعدهم وسواء قتلهم دفعة أو دفعات وان بادر أحدهم فقتله وجب للباقين دية قتلاهم فى ماله أيهم كان . وقال أبو حنيفة ومالك يقتل بالجماعة وليس لهم الا ذلك فان أحب بعضهم الدية فليس له وان بادر أحدهم فقتله سقط حق الباقين لان الجماعة لو قتلوا واحداً قتلوا به ، وقال الشافعى لا يقتل الا بواحد سواء اتفقوا على الطلب بالقصاص أو لم يتفقوا

(١) قوله « والواجب بقتل العمد الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب وهو من مفرداته قاله فى الانصاف وبه قال سعيد بن المسيب وابن سيرين وعطاء ومجاهد والشافعى واسحاق وأبو ثور وابن المنذر وهى رواية عن مالك لقوله تعالى ﴿ فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان ﴾ قال ابن عباس كان فى بنى اسرائيل القصاص ولم تكن فيهم الدية فأنزل الله هذه الآية ﴿ كتب عليكم القصاص فى القتلى ﴾ الآية ﴿فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان ﴾ والعفو أن يقبل فى العمد الدية فاتباع بالمعروف يتبع الطالب بمعروف ويؤدى اليه المطلوب باحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة مما كتب على من قبلكم رواه البخارى وعن أبى هريرة قال قام فينا رسول الله ﷺ فقال « من قتل له قتيل فهو بخير النظرين اما ان يودى واما ان يقاد » متفق عليه

شيء والعفو أفضل (١) فان اختار القصاص فله العفو على الدية (٢) وان اختار الدية سقط القصاص ولم يملك طلبه (٣) وعنه ان الواجب القصاص عينا (٤) وله العفو الى الدية وان سخط الجانى (٥) فان عفا مطلقا وقلنا الواجب احد شيئين فله الدية (٦) وان قلنا الواجب القصاص عينا فلا شيء له (٧) وان مات القاتل وجبت الدية فى

---

(١) قوله « والعفو أفضل » هذا المذهب ، وقال الشيخ تقى الدين : استيفاء الانسان حقه من الدم عدل والعفو احسان والاحسان هنا أفضل لكن هذا الاحسان لا يكون احسانا الا بعد العدل وهو ان لا يحصل بالعفو ضرر فاذا حصل منه ضرر كان ظلماً من العافى اما لنفسه واما لغيره فلا يشرع . قال فى الانصاف وهذا عين الصواب . وقال فى القاعدة الرابعة والأربعين بعد المائة قال الشيخ تقى الدين : مطالبة المقتول بالقصاص توجب تحتمه فلا يمكن الورثة بعد ذلك من العفو

(٢) قوله « فان اختار القصاص الخ » هذا الصحيح من المذهب لأن القصاص أعلى فكان له الانتقال إلى الأدنى ويكون بدلا عن القصاص

(٣) قوله « وان اختار الدية الخ » وهذا المذهب لأن القصاص اذا سقط لا يعود فلو قتل بعد أخذ الدية قتل به وعلى المذهب أيضا لو اختار القصاص كان له الصلح على أكثر من الدية

(٤) قوله « وعنه ان الواجب الخ » وبه قال النخعى ومالك وأبو حنيفة ، قالوا ليس للأولياء الا القتل الا ان يصطلحا على الدية برضى الجانى لقوله تعالى ﴿ كتب عليكم القصاص فى القتلى ﴾ والمكتوب لا يتخير فيه ولقوله عليه الصلاة والسلام « من قتل عمداً فهو قود »

(٥) قوله وله العفو الى الدية الخ » يعنى اذا قلنا الواجب القصاص عيناً وهذا هو الصحيح على هذه الرواية وعنه ان موجبه القود عينا وانه ليس له العفو على الدية بدون رضا الجانى

(٦) قوله « فان عفا مطلقاً الخ » هذا المذهب لأن الواجب أحدهما فاذا ترك أحدهما تعين الآخر وان هلك الجانى تعينت فى ماله كتعذره فى طرفه

(٧) قوله « وان قلنا الواجب القصاص الخ » أى لأن الدية غير واجبة فاذا سقط الدم لم يبق له شيء

تركته(١) وإذا قطع اصبعا عمدا فعفا عنه ثم سرى إلى الكف أو النفس وكان العفو على مال فله تمام الدية(٢) وان عفا على غير مال فلا شيء له على ظاهر كلامه ويحتمل ان له تمام الدية وان عفا مطلقا انبنى على الروايتين فى موجب

[فوائد] اذا كان القصاص لمجنون أو صغير لم يجز العفو الى غير مال

(الثانية) يصح عفو المفلس والمحجور عليه لسفه عن القصاص لأنه ليس بمال وان أراد المفلس القصاص لم يكن لغرمائه اجباره على تركه ، وان أحب العفو الى مال فله ذلك ، وان أراد العفو الى غير مال انبنى على الروايتين ان قلنا الواجب القصاص عيناً فله ذلك وان قلنا الواجب احد شيئين لم يملكه

(الثالثة) اختار الشيخ تقى الدين ان العفو لا يصح فى قتل الغيلة لتعذر الاحتراز كالقتل مكابرة ، وذكر القاضى وجها فى قاتل الائمة يقتل حدا لان فساده عام

(١) قوله « وان مات القاتل الخ » وكذا لو قتل وهذا الصحيح من المذهب نص عليه لأنه تعذر استيفاء القصاص من غير اسقاط وان لم يخلف تركة سقط الحق وقيل تسقط بموته واختار الشيخ تقى الدين انه يسقط بموته أو قتله وخرجه وجها وسواء كان موسراً أو معسراً وسواء قلنا الواجب القصاص عينا أو أحد شيئين

(٢) قوله « وإذا قطع إصبعاً الخ » وجملته انه اذا جنى على انسان فيما دون النفس جناية توجب القصاص كالأصبع فعفا عن القصاص ثم سرت الجناية إلى نفسه فمات لم يجب القصاص وبه قال أبو حنيفة والشافعى ، وحكى عن مالك ان القصاص يجب لأن الجناية صارت نفسا . ولنا انه يتعذر استيفاء القصاص فى النفس دون ما عفى عنه فسقط فى النفس كما لو عفا بعض الأولياء فان كان عفا على مال فله الدية كاملة وان عفا على غير مال وجبت الدية على المذهب الا ارش الجراح الذى عفى عنه وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة تجب الدية كاملة فان كان الجرح لاقصاص فيه كالجائفة ونحوها فعفى عن القصاص فيه ثم سرى الى النفس فلوليه القصاص لأن القصاص لم يجب فى الجرح فلم يصح العفو عنه وانما وجب القصاص بعد عفوه

العمد . وان قال الجانى عفوت مطلقا او عفوت عنها وعن سرايتها قال بل عفوت الى مال أو عفوت عنها دون سرايتها فالقول قوله مع يمينه[١] وان قتل الجانى العافى فلوليه القصاص او الدية كاملة[٢] وقال القاضى له القصاص او تمام الدية . واذا وكل رجلا فى القصاص ثم عفا ولم يعلم الوكيل حتى اقتص فلا شيء عليه[٣] وهل يضمن العافى يحتمل وجهين[٤] ويتخرج ان يضمن الوكيل ويرجع به على الموكل فى أحد الوجهين لانه غره والآخر لا يرجع به ويكون الواجب حالا فى ماله وقال ابو الخطاب يكون على عاقلته . وإذا عفا عن قاتله بعد الجرح صح[٥] وان ابرأه من الدية وأوصى له بها فهى وصية لقاتل

---

(١) قوله « وان قال الجانى الخ » أى لان الأصل عدم العفو عن الجميع

(٢) قوله « وان قتل الجانى الخ » وهو المذهب

[فائدة] اذا قال لمن عليه قود عفوت عنك أو عن جنايتك برىء من الدية كالقود على الصحيح من المذهب نص عليه وقيل يبرأ من الدية ان قصدها بقوله وقيل ان ادعى قصد القود فقط قبل والا برىء وقال فى الترغيب ان قلنا موجبه احد شيئين بقيت الدية فى أصح الروايتين

(٣) قوله « وان وكل رجلا فى القصاص ثم عفا الخ » يعنى على الوكيل وهذا المذهب لأنه لا تفريط منه كما لو عفا بعد ما رماه

(٤) قوله « وهل يضمن العافى الخ » يعنى اذا قلنا ان الوكيل لا شيء عليه ، أحدهما لا يضمن وهو المذهب لأن عفوه لم يصح لأنه عفا فى حال لا يمكنه تلافى ما وكل فيه كالعفو بعد رمى الحربة الى الجانى ولأن العفو احسان فلا يقتضى وجوب الضمان

(٥) قوله « وان عفا عن قاتله الخ » أى سواء كان بلفظ العفو أو الوصية وهذا المذهب لأنهأ سقط حقه بعد انعقاد سببه فسقط كما لو أسقط الشفعة بعد البيع وكعفو وارثه بعد موته وسواء كان عمداً أو خطأ

[فائدة] لو قال عفوت عن الجناية وما يحدث منها صح ولم يضمن السراية فان كان عمداً لم يضمن شيئاً مطلقاً وان كان خطأ اعتبر خروجها من الثلث قاله فى المغنى والشرح . وظاهر ما قدمه فى الفروع السقوط مطلقا وهو ظاهر كلامه فى النظم =

هل تصح؟ على روايتين [١] إحداهما تصح ويعتبر من الثلث ويحتمل ان لا يصح عفوه عن المال ولا وصيته به لقاتل ولا غيره اذا قلنا انه يحدث على ملك الورثة. وان أبرأ القاتل من الدية الواجبة على عاقلته او العبد من جنايته التى يتعلق إرشها برقبته لم يصح[٢] وان أبرأ العاقلة أو السيد صح [٣] وان وجب لعبد قصاص او تعزير او قذف فله طلبه والعفو عنه وليس ذلك للسيد الا ان يموت العبد[٤]

= والمحرر . وان قال عفوت عن هذه الضربة او هـذا الجرح فعنه يضمن السراية بقسطها من الدية وعنه لا يضمن واطلقهما فى المحرر والفروع وان قال عفوت عن هذه الجناية واطلق لم يضمن السراية وان قصد بالجناية الجرح ففيه على المذهب فى أصل المسئلة وجهان قدم فى النظم عدم الضمان وقدمه فى المحرر على الرواية الأولى فى التى قبلها وصححه فى الرعايتين والحاوى الصغير

(١) قوله « وان ابرأه من الدية الخ » احداهما تصح وهى المذهب وتعتبر من الثلث كبقية ماله وكذا قال فى الهداية والخلاصة . قال الشارح هـكذا ذكره فى كتاب المقنع ولم يفرق بين العمد والخطأ . والذى ذكره فى المغنى ان كان خطأ اعتبر من الثلث والا فلا وقيل يصح من كل ماله ذكره فى الرعايتين

(٢) قوله « وان أبرأ القاتل الخ » اما فى الأولى فلا يصح قولا واحداً لأنه أبرأه من حق على غيره لأن الدية الواجبة على العاقلة غير واجبة على القاتل ، و أما فى الثانية فلا يصح على الصحيح من المذهب لأن الجناية المتعلق ارشها برقبة العبد غير واجبة عليه بل متعلقة بملك السيد وقيل يصح

(٣) قوله « وان أبرأ العاقلة الخ » وهذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب لأنه أبرأهما من حق عليهما كالدين الواجب عليهما

(٤) قوله « وان وجب لعبد الخ » هذا المذهب لأنه مختص به والقصد من ذلك التشفى وليس بحق للسيد الا اذا مات العبد فينتقل اليه وحينئـــذ فله طلبه واسقاطه كالوارث

باب ما يوجب القصاص فيما دون النفس

كل من أقيد بغيره فى النفس أقيد به فيما دونها ومن لا فلا(١) ولا يجب الا بمثل الموجب فى النفس وهو العمد المحض(٢) وهو نوعان أحدهما فى الاطراف فتؤخذ العين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجفن بالجفن والشفة بالشفة واليد باليد والرجل بالرجل(٣) ويؤخذ كل واحد من الأصابع والكف والمرفق والذكر والأنثيين بمثله وهل يجرى فى الإلية والشفر على وجهين(٤)

---

(١) قوله «كل من أقيد بغيره فى النفس الخ» وهذا المذهب وعليه الأصحاب لأن من أقيد به فى النفس انما أقيد به لحصول المساواة المعتبرة للقود فوجب أن يقاد به فيما دونها فعلى هذا لو قطع مسلم يد مسلم قطعت يده لأنه يقاد به فى النفس ومن لا يقاد به فى النفس لا يقاد به فيما دونها فلو قطع مسلم يد كافر لم تقطع يده وعنه لا قود بين العبيد فى الاطراف لانها أموال

(٢) قوله «ولا يجب إلا بمثل الخ» هذا المذهب لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ وحديث أنس فى قضية الربيع فقال النبى ﷺ كتاب الله القصاص متفق عليه واجمعوا على حرمان القصاص فيما دون النفس اذا أمكن لأن ما دون النفس كالنفس فى الحاجة الى حفظه بالقصاص وظاهره انه لا يجب فى الخطأ وهو كذلك اجماعا ولا فى شبه العمد وقاله السامرى وصححه فى المغنى والشرح ، وعنه يجب فيه اختارها أبو بكر وابن أبى موسى والشيرازى لعموم الآية ولأن العضو يتلف بأيسر مما تتلف به النفس وجوابه بأن الآية مخصوصة بالخطأ فكذا هنا

على قوله «فتؤخذ العين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن» لقوله تعالى ﴿ وكتبنا عليهم فيها ﴾ الآية

(٣) قوله «والجفن الخ» أى لأنه فى معنى المنصوص فوجب ان يلحق به ويؤخذ جفن كل واحد من البصير والضرير بالآخر

(٤) قوله «وهل يجرى فى الإلية الخ» أحدهما يجرى القصاص فيهما وهو المذهب لظاهر الآية لأن الالية متصلة باللحم والشفر لحم لا مفصل له والثانى لا قود فيهما قال فى الانصاف وهو الصواب واختاره فى الاخير صاحب الخلاصة والقاضى وصححه فى النظم وقدمه فى الرعايتين

فصل

ويشترط للقصاص فى الطرف ثلاثة شروط (أحدها) الأمن من الحيف[1] بأن يكون القطع من مفصل[2] أوله حد ينتهى اليه كمارن الأنف[3] وهو ما لان منه فان قطع القصبة أو قطع من نصف الساعد او الساق فلا قصاص فى أحد الوجهين[4]، وفى الآخر من حد المارن ومن الكوع والكعب[5]، وهل يجب

---

(١) قوله « أحدها الأمن من الحيف » أى لأن الحيف جور وظلم واذا لم يمكن القصاص الا به لم يجز فعله

(٢) قوله « بأن يكون القطع الخ » أى لان المماثلة فى غير ذلك غير ممكنة ولا يؤمن أن يستوفى أكثر من الحق

(٣) قوله « أو له حد الخ » أى لان ذلك حد ينتهى اليه فهو كاليد ويؤخذ البعض بالبعض فيقدر ما قطعه بالاجزاء كالنصف والثلث ولا يؤخذ بالمساحة لأنه يفضى الى أخذ جميع أنف الجانى لصغره ببعض أنف المجنى عليه لكبره وكذا فى الاذن واللسان والشفة

[فائدة] لا يجب القصاص فى اللطمة ونحوها وهو المذهب وعليه الاصحاب لان المماثلة فيها غير ممكنة ونقل حنبل والشالنجى القود فى اللطمة ونحوها ونقل حنبل قال الامام أحمد : الشعبي والحكم وحماد قالوا ما أصاب بسوط أو عصا وكان دون النفس ففيه القصاص قال أحمد وكذا أرى ونقل ابن منصور كل شىء من الجراح والكسر يقدر على الاقتصاص يقتص منه للأخبار واختار ذلك الشيخ تقى الدين وقال ثبت ذلك عن الخلفاء الراشدين

(٤) قوله « فان قطع القصبة الخ » وهو المذهب نص عليه وعليه الاصحاب ، قال الشارح لا قصاص من موضع القطع بغير خلاف علمناه لخبر ان رجلا ضرب آخر على ساعده بالسيف فقطعها من غير مفصل فاستعدى عليه النبى ﷺ فأمر له بالدية فقال انى أريد القصاص قال خذ الدية بارك الله لك فيها رواه ابن ماجه ولان القطع ليس من مفصل فلا يؤمن فيه الحيف فلو قطع يده من الكوع ثم تاكلت إلى نصف الذراع فلا قود اعتباراً بالاستقرار قاله القاضى قال فى المحرر وعندى يقتص هنا من الكوع

على قوله « أو قطع من نصف الساعد أو الساق » * أو العضد أو الورك

(٥) قوله « وفى الآخر الخ أى لانه دون حقه لعجزه عن استيفاء حقه أشبه =

أرش الباقى ؟ على وجهين [١] ويقتص من المنكب اذا لم يخف جائفة [٢] فاذا أوضح إنسانا فذهب ضوء عينه او سمعه او شمه فانه يوضحه فان ذهب ذلك والا استعمل فيه ما يذهبه من غير ان يجنى على حدقته أو اذنه او انفه [٣] فان لم يمكن الا بالجناية على هذه الأعضاء سقط [٤]

فصل

(الثانى) المماثلة فى الموضع فتؤخذ كل واحدة من اليمنى واليسرى والعليا والسفلى من الشفتين والأجفان بمثلها والإصبع والسن والأنملة بمثلها فى الموضع والاسم [٥] ولو قطع انملة رجل العليا وقطع الوسطى من تلك الإصبع

= ما لو شجه هاشمة أو استوفى موضحه

(١) قوله « وهل يجب الخ » أحدهما ليس له ذلك صححه فى التصحيح وجزم به فى الوجيز وغيره قال الزركشى هذا أشهر الوجهين لانه يجمع فى غضو واحد بين قصاص ودية والثانى له الارش اختاره ابن حامد لأنه حق له تعذر استيفاؤه فوجب ارشه كغيره

(٢) قوله « ويقتص من المنكب الخ » هذا بلا نزاع لانه مفصل يؤمن فيه الحيف فوجب كالقطع من الكوع ويرجع فى الخوف فى هذا الى أهل الخبرة لكن ان خيف فهل له أن يقتص من مرفقه فيه وجهان أحدهما له ذلك وهو الصحيح

(٣) قوله « فاذا أوضح إنسانا الخ » وهذا المذهب اعنى استعمال ذلك لأنه يستوفى حقه من غير زيادة فيطرح فى العين كافوراً أو يقرب منه مرآة أو يحمى له حديدة ثم يقطر عليها ماء ثم يقطر منه فى العين ليذهب بصرها ولا يقتص منه بمثل شجته بغير خلاف علمناه

[فائدة] وكذا الحكم فيما إذا لطمه فاذهب ضوء عينه أو غيرها

(٤) قوله « فان لم يمكن الخ » أى لتعذر المماثلة وتتعين الدية

(٥) قوله « الثانى المماثلة فى الموضع — الى — والاسم الخ » هذا قول أكثر أهل العلم مالك والشافعى وأصحاب الرأى وحكى عن ابن سيرين وشريك أن =

من آخر لم يكن له عليا فصاحب الوسطى مخير بين أخذ عقد انملته وبين ان يصبر حتى يقطع العليا ثم يقتص من الوسطى ولا يؤخذ شى من ذلك بما يخالفه ولا تؤخذ أصلية بزائدة ولا زائدة بأصلية وان تراضيا عليه لم يجز(١) فان فعلا أو قطعها تعديا أو قال اخرج يمينك فأخرج يساره فقطعها أجزأت على كل حال وسقط القصاص (٢)، وقال ابن حامد ان أخرجها عمدا لم تجز ويستوفى من يمينه بعد اندمال اليسار وان أخرجها دهشة أو ظنا انها تجزىء فعلى القاطع ديتها (٣)وان كان من عليه القصاص مجنونا فعلى القاطع القصاص وان كان عالما بها وانها لا تجزى ، وان جهل أحدهما فعليه الدية ، وان كان المقتص مجنونا والآخر عاقلا ذهبت هدرا

= احداهما تؤخذ بالأخرى لاستوائهما فى الخلقة والمنفعة ولنا ان كل واحدة منهما تختص باسم فلا تؤخذ احداهما بالاخرى كاليد مع الرجل ، وكذلك كل ما انقسم إلى يمين ويسار كاليدين والرجلين والاذنين والمنخرين والثديين والاليتين والانثيين لا تؤخذ احداهما بالاخرى وكذلك ما انقسم إلى أعلا وأسفل كالجفنين والشفتين لا يؤخذ الاعلى بالاسفل ولا الاسفل بالاعلى كذلك

(١) قوله « ولا تؤخذ أصلية بزائدة الخ » وهذا بلا نزاع لان ما لا يجوز أخذه قصاصا لا يجوز بتراضيهما لان الدماء لا تستباح بالولاية والبذل فلو تراضيا على قطع احدى اليدين بدلا عن الاخرى فقطعها المقتص سقط القود لان القود فى الاول سقط باسقاط صاحبها وفى الثانية باذن صاحبها فى قطعها وديتهما متساوية

(٢) قوله « فان فعلا الخ » وهذا المذهب فى ذلك كله وفيه مسائل (الاولى) إذا فعل ذلك بلا تعد مثل ان يأخذ باختيار الجانى وتقدم الكلام عليها (الثانية) إذا قطعها تعديا لأنهما متساويان فى الدية والالم والاسم فتساقطا ولأن ايجاب القود يفضى إلى قطع يدى كل منهما وإذهاب منفعة الجنس وكل من القطعين مضمونة سرايته لانه عدوان ، واما فى (الثالثة) فكذلك سواء قطعها عالما بها أو جاهلا

(٣) قوله « وان أخرجها دهشة الخ » هذا ظاهر كلام ابن حامد واختياره وجزم به الأدمى فى منتخبه قال الشارح وغيره فعلى القاطع ديتها ان علم انها يسار وانها لاتجزى ويعزر وجزم به لانه لوكان عالما بها كانت مضمونة عليه وما وجب =

فصل

(الثالث) استواؤهما فى الصحة والكمال فلا تؤخذ صحيحة بشلاء ولا كاملة الاصابع بناقصة[1] ولا عين صحيحة بقائمة ولا لسان ناطق بأخرس[2]

= ضمانه فى العمد وجب فى الخطا كإتلاف المال والقصاص باق فى اليمين ولا يقتص حتى تندمل اليسار فان عفا وجب بدلها ويتقاصان ، وان سرت اليسار الى نفسه فلورثة الجانى نصف الدية لأن اليسار مضمونة ويقبل قول الجانى فى العلم وعدم اباحتها لأنه أعلم بنيته

على قوله « وان كان من عليه القصاص مجنونا » مثل ان يجن بعد وجوب القصاص عليه

(١) قوله « الثالث استواؤهما فى الصحة والكمال الخ » وهذا المذهب قال الشارح لا نعلم أحداً من أهل العلم قال بوجوب قطع يد أو رجل أو لسان صحيح باشل الا ما حكى عن داود انه أوجب ذلك لاشتراكهما فى الاسم . ولنا ان الشلاء لا يقع فيها سوى الجمال فلا تؤخذ بما فيه منفعة كالعين الصحيحة لا تؤخذ بالقائمة واذا لم نوجب القصاص فى العينين مع قوله تعالى ﴿العين بالعين﴾ لأجل تفاوتهما فى الصحة والعمى فلأن لا نوجب ذلك فيما لا نص فيه أولى . ولا تؤخذ يد كاملة الاصابع بناقصة الاصابع فلو قطع من له خمس أصابع يد من له أربع أصابع أو قطع من له أربع أصابع يد من له ثلاث أصابع لم يجب القصاص لأنها دون حقه ، وهل له أن يقطع من أصابع الجانى بعدد أصابعه فيه وجهان . وان قطع ذو اليد الكاملة يداً فيها اصبع شلاء وباقيها صحاح لم يجز أخذ الصحيحة بها لأنه أخذ كامل بناقص ، وفى الاقتصاص من الاصابع الصحاح وجهان فان قلنا له أن يقتص فله الحكومة فى الشلاء وارش ما تحتها من الكف وان قطع اليد كاملة ذو يد فيها اصبع زائدة وجب القصاص فيما ذكره أبو عبد الله بن حامد لان الزائد عيب ونقص فى المعنى واختار القاضى انها لا تقطع بها وهو مذهب الشافعى لانها زيادة وان قطع ذو يد لها أظفار يد من لا أظفار له لم يجز القصاص لان الكاملة لا تؤخذ بالناقصة

(٢) قوله « ولا عين الخ » أى لانها ليست مماثلة لها ولانه يأخذ أكثر من حقه

ولا ذكر فحل بذكر خصي ولا عنين [١] ويحتمل أن يؤخذ بهما [٢] الا مارن الاشم الصحيح يؤخذ بمارن الاخشم والمخزوم والمستحشف وأذن السميع باذن الاصم الشلاء فى أحد الوجهين [٣] ويؤخذ المعيب من ذلك كله بالصحيح وبمثله اذا أمن من قطع الشلاء التلف [٤] ولا يجب له مع القصاص أرش فى أحد الوجهين ، وفى الآخر له دية الاصابع الناقصة [٥] ولا شيء له من أجل الشلل [٦] واختار ابو الخطاب ان له ارشه . وان اختلفا فى شلل العضو وصحته

---

(١) قوله « ولا ذكر فحل الخ » وهذا المذهب فيهما وهو قول مالك لانه لا منفعة فيهما فان ذكر العنين لا يوجد معه وطء ولا انزال والخصى لا يولد له ولا يكاد يقدر على الوطء ولا ينزل

(٢) قوله « ويحتمل الخ » هذا رواية عن أحمد واختارها أبو بكر وهو مذهب الشافعى لانهما عضوان صحيحان

(٣) قوله « إلا مارن الاشم الخ » وهذا المذهب فى ذلك كله لان عدم الشم علة فى الدماغ والانف صحيح ، كما تؤخذ أذن السميع بأذن الأصم لكون ذهاب السمع نقص فى الرأس

[تنبيه] ذكر المصنف أخذ أذن السميع بأذن الاصم الشلاء على أحد الوجهين ولم أر الاصحاب ذكروا الا الصمم منفرداً والشلل كذلك من غير جمع فلعل سقط من هنا واو ويكون تقديره باذن الاصم والشلاء موافقة لكلام الاصحاب مع أنه لا يمتنع وجود الخلاف فى صورة المصنف . انتهى من الانصاف

على قوله « بمارن الاخشم » ﴿ وهو الذى لا يشم به

(٤) قوله « ويؤخذ المعيب الخ » هذا بلا نزاع فان شاء أخذ الدية فله أخذ دية يده لا نعلم فيه خلافا لانه عجز عن استيفاء حقه على الكمال بالقصاص وهذا قول مالك والشافعى وأبى حنيفة

(٥) قوله « ولا يجب مع القصاص الخ » وهو المذهب لان الشلاء كالصحيحة فى الخلقة وانما نقصت فى الصفة وفى الوجه الآخر له دية الاصابع الناقصة واختاره ابن حامد والقاضى

(٦) قوله « ولا شيء له الخ » أى من أجل شلل العضو وهو المذهب

فأيهما يقبل قوله؟ فيه وجهان(١)

فصل

وان قطع بعض لسانه او مارنه أو شفته أو حشفته أو أذنه أخذ بمثله يقدر بالأجزاء كالنصف والثلث والربع(٢) وان كسر بعض سنه برد من سن الجانى مثله اذا أمن قلعها(٣) ولا يقتص من السن حتى ييأس من عودها فان اختلفا فى ذلك رجع الى قول أهل الخبرة(٤) فان مات قبل اليأس من عودها فعليه ديتها ولاقصاص فيها(٥) ، وان اقتص من سن فعادت غرم سن

---

(١) قوله « وان اختلفا الخ » أحدهما القول قول ولى الجناية وهو المذهب نص عليه لأن الظاهر من الناس سلامة الاعضاء وخلق الله تعالى لهم بصفة الكمال ، والثانى القول قول الجانى لأن الأصل براءة ذمته من عضو سالم ولأنه لو كان سالما لم يخف لانه يظهر فيراه الناس

(٢) قوله « وان قطع بعض لسانه الخ » هذا المذهب وقطع به الأصحاب فى غير قطع بعض اللسان والصحيح من المذهب انه كذلك لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولا يؤخذ بالمساحة لأنه يفضي الى أخذ لسان الجانى جميعه ببعض لسان المجنى عليه

(٣) قوله « وان كسر بعض سنه الخ » لحديث الربيع بنت النضر حين كسرت سن جارية فأمر النبى ﷺ بالقصاص ويقدر ذلك بالأجزاء . وان قلع سناً زائدة وهى التى نبتت فضلة فى غير سمت الأسنان إلى داخل الفم أو الى الشفة وكانت للجانى فى موضعها مثلها فللمجنى عليه القصاص أو حكومة فى سنه وان لم يكن له مثلها فى محلها فليس له الا الحكومة

(٤) قوله « ولا يقتص من السن الخ » أى بقول أهل الخبرة وهذا المذهب ولا ييئس من عودها الا اذا أثغر وهو من سقطت رواضعه ثم نبتت فان قلع سن من لم يثغر لم يقتص من الجانى فى الحال لانها تعود بحكم العادة فلم يجب ضمانها كالشعر فان عاد بدل السن على صفتها فى موضعها فلا شىء على الجانى

(٥) قوله « فان مات الخ » الصحيح من المذهب ان ديتها تجب اذا مات قبل اليأس من عودها لأن القلع موجود والعود مشكوك فيه ولا قصاص لان الاستحقاق غير متحقق

الجانى ، ثم إن عادت سن الجانى رد ما أخذ ، وإن عادت سن المجنى عليه قصيرة أو معيبة فعلى الجانى أرش نقصها(١)

فصل

النوع الثانى الجروح . فيجب القصاص فى كل جرح ينتهى الى عظم كالموضحة وجرح العضد والفخذ والساق والقدم(٢) ولا يجب فى غير ذلك من الشجاج والجروح(٣) الا ان يكون أعظم من الموضحة كالهاشمة والمنقلة والمأمومة

[فائدة] الظفر كالسن فى ذلك

(١) قوله « وان اقتص من سن الخ » هذا المذهب المقطوع به لأنه قد تبين ان القصاص لم يكن يجب ويضمنها بالدية دون القصاص لأنه لم يقصد التعدى ، وان عادت سن الجانى رد ما أخذ اذا لم تعد سن المجنى عليه وإن عادت قصيرة أو معيبة فعلى الجانى ارش نقصها بالحساب

(٢) قوله « فيجب القصاص فى كل جرح الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب وقطعوا به لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولحديث الربيع ولان الله تعالى نص على القصاص فى الجروح فلو لم يجب ههنا لسقط حكم الآية ، وهذا قول أكثر أهل العلم وهو منصوص الشافعى

(٣) قوله « ولا يجب فى غير ذلك الخ » وهذا بلا نزاع وممن روى عنه منع القصاص فيما دون الموضحة الحسن وأبو عبيد وأصحاب الرأى ، ومنعه فيما فوقها عمر ابن عبد العزيز وعطاء والنخعى والزهرى والحكم وابن شبرمة والثورى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى ، ولا نعلم أحداً أوجب القصاص فيما فوق الموضحة الا ما روى عن ابن الزبير انه أقاد فى المنقلة وليس بثابت عنه قال ابن المنذر لا أعلم أحداً خالف فى ذلك ولأنها جراحات لا تؤمن الزيادة فيها فاشبه الجائفة واما مادون الموضحة فقد روى عن مالك ان القصاص يجب فى الدامية والباضعة والسمحاق ونحوه عن أصحاب الرأى . ولنا انها جراحة لا تنتهى الى عظم فلم يجب فيها القصاص كالجائفة ولأنها لا تؤمن فيها الزيادة . ولا قصاص فى المأمومة وهى التى تصل إلى جلدة الدماغ ولا فى الجائفة وهى التى تصل الى الجوف عند أحد من أهل العلم الا ما روى عن ابن الزبير انه اقتص من المأمومة فأنكر الناس عليه وقالوا ماسمعنا أحداً

فله أن يقتص موضحة(١) ولا شيء له على قول أبي بكر(٢) ، وقال ابن حامد له ما بين دية موضحة ودية تلك الشجة (٣) فيأخذ فى الهاشمة خمسا من الابل وفى المنقلة عشرا . ويعتبر قدر الجرح بالمساحة(٤) فلو أوضح انسانا فى بعض رأسه مقدار ذلك البعض جميع رأس الشاج وزيادة كان له أن يوضحه فى جميع رأسه وفى الارش للزائد وجهان(٥)

= اقتص منها قبل ابن الزبير وعن على رضى الله عنه لاقصاص فى المأمومة وهو قول مكحول والزهرى والشعبي وقال عطاء والنخعى لا قصاص فى الجائفة وروى ابن ماجه فى سننه عن العباس بن عبد المطلب عن النبي ﷺ أنه قال لا قود فى المأمومة ولا فى الجائفة ولا فى المنقلة

(١) قوله « إلا أن يكون أعظم الخ » هذا بلا نزاع وهو مذهب الشافعى لأنه يقتصر على بعض حقه ويقتص من محل جنايته

(٢) قوله « ولا شيء له الخ » وجزم به الأدمى لأنه جرح واحد فلا يجمع فيه بين قصاص ودية

(٣) قوله « وقال ابن حامد الخ » وجزم به فى الوجيز والمنور وهو مذهب الشافعى لأنه تعذر القصاص فيه فانتقل فيه الى البدل كما لو قطع إصبعيه فلم يمكن الاستيفاء الا من واحدة وجزم به الاقناع

(٤) قوله « ويعتبر قدر الجرح بالمساحة الخ » هذا بلا نزاع أعلمه فاذا أراد الاستيفاء من موضحة وشبهها فان كان على موضعها شعر أزاله ويعمد الى موضع الشجة من رأس المشجوج فيعلم طولها وعرضها بخشبة أو خيط ويضعها على رأس الشاج ويعلم طرفيه بسواد أو غيره ويأخذ حديدة عرضها كعرض الشجة ويجرها الى آخرها فيأخذ مثل الشجة طولا وعرضا ولا يراعى العمق لأن حده العظم

(٥) قوله « وفى الأرش الزائد الخ » أحدهما لا يلزمه للزائد أرش صححه فى التصحيح وجزم به فى الوجيز ومنتخب الأدمى وهو مذهب أبي حنيفة وجزم به فى الاقناع لئلا يجتمع قصاص ودية فى جرح واحد والثانى له الأرش اختاره ابن حامد وصححه فى الرعايتين وجزم به فى المنور وهو مذهب الشافعى لان القصاص تعذر فيما جنى عليه

فصل

وان اشترك الجماعة فى قطع طرف أو جرح موجب للقصاص. وتساوت أفعالهم مثل أن يضعوا الحديدة على يده ويتحاملوا عليها جميعا حتى تبين فعلى جميعهم القصاص فى احدى الروايتين(١) وان تفرقت أفعالهم أو قطع كل إنسان من جانب فلا قصاص رواية واحدة(٢) . وسراية الجناية مضمونة بالقصاص او الدية(٣) فلو قطع إصبعا فتأكلت أخرى إلى جانبها وسقطت من مفصل أو تأكلت اليد وسقطت من الكوع وجب القصاص فى ذلك وإن

[فائدة] لو كانت الصفة بالعكس بان أوضح كل رأسه وكان رأس الجانى أكبر منه فله قدر شجته من أى الجانبين شاء فقط على الصحيح من المذهب ، واما اذا كانت الشجة بقدر بعض الرأس منهما لم يعدل عن جانبها إلى غيره بلا نزاع

(١) قوله « وان اشترك جماعة الخ » وهو المذهب وبه قال مالك والشافعى وأبو ثور وقال الحسن والزهرى والثورى وأصحاب الرأى وابن المنذر لا تقطع يدان بيد واحدة وهى الرواية الأخرى لانه روى عنه ان الجماعة لايقتلون بالواحد وهذا تنبيه منه على أن الاطراف لاتوخذ بطرف واحد . ولنا ماروى أن شاهدين شهدا عند على رضى الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده ثم جاء بآخر فقالا هذا هو السارق وأخطأنا فى الاول فرد شهادتهما على الثانى وغرمهما يد الاول وقال : لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعتكما فاخبر ان القصاص عليهما لو تعمدا قطع يد واحدة. ولانه أحد نوعى القصاص فتؤخذ فيه الجماعة بالواحد كالانفس

(٢) قوله « فان تفرقت أفعالهم الخ » أى لان كل واحد منهم لم يقطع اليد ولم يشارك فى قطع جميعها ، وان كان فعل كل واحد منهم بمفرده يمكن الاقتصاص منه اقتص منه وهذا مذهب الشافعى

(٣) قوله « وسراية الجناية الخ » هذا بلا نزاع نعلمه وهو من مفردات المذهب قال الشارح سراية الجناية مضمونة بغير خلاف لانها أثر جناية والجناية مضمونة فكذلك أثرها ثم ان سرت الى النفس وما لا يمكن مباشرته بالاتلاف مثل ان يهشمه فى رأسه فيذهب ضوء عينه وجب القصاص فيه ولا خلاف فى ذلك فى النفس وفى ضوء العين خلاف ذكرناه فيما مضى وان سرت الى ما يمكن مباشرته =

شل ففيه ديته دون القصاص (١) . وسراية القود غير مضمونة (٢) فلو قطع اليد قصاصا فسرى إلى النفس فلا شيء على القاطع . ولا يقتص من الطرف إلا بعد برئه (٣) فان اقتص قبل ذلك بطل حقه من سراية جرحه فلو سرى إلى

= بالاتلاف مثل ان قطع اصبعا فتآكلت أخرى وسقطت ففيه القصاص أيضا فى قول امامنا وأبى حنيفة ومحمد بن الحسن وقال أكثر الفقهاء لا قصاص فى الثانية وتجب ديتها لان ما أمكن مباشرته بالجناية لا يجب القود فيه بالسراية . ولنا ان ما وجب فيه القود بالجناية وجب بالسراية كالنفس

(١) قوله « وان شل الخ » وهذا الصحيح من المذهب وجزم به فى المغنى والشرح وغيرهما وبه قال مالك والشافعى قالوا يجب الأرش فى الثانية التى شلت والقصاص فى الأولى وقال أبو حنيفة لا يجب القصاص فيهما ويجب أرشهما جميعا لان حكم السراية لا ينفرد عن الجناية بدليل ما لو سرت الى النفس . ولنا انها جناية موجبة للقصاص لو لم تسر الى سقوط أخرى وكما لو قطع يد حبلى فسرى الى جنينها

(٢) قوله « وسراية القصاص الخ » هذا بلا نزاع وبهذا قال الحسن وابن سيرين ومالك والشافعى واسحاق وابو يوسف ومحمد وابن المنذر وروى ذلك عن أبى بكر وعمر وعلى رضى الله عنهم وقال عطاء وطاوس وعمرو بن دينار والحارث العكلى والشعبى والنخعى والزهرى وابو حنيفة عليه الضمان قال أبو حنيفة عليه كال الدية فى ماله وقال غيره هى على عاقلته لانه فوت نفسه ولا يستحق الا طرفه . ولنا ان عمر وعليا قالا من مات من حد أو قصاص لا دية له الحق قتله رواه سعيد ولانه قطع مستحق مقدر فلا يضمن سرايته كقطع السارق لكن لو اقتص قهرا مع حر او برد او بآلة كالة او مسمومة ونحوه لزمه بقية الدية على الصحيح من المذهب جزم به فى الوجيز وقدمه فى الفروع وصححه فى الرعايتين وعند القاضى يلزمه نصف الدية

(٣) قوله « ولا يقتص من الطرف الخ » الصحيح من المذهب انه يحرم ان يقتص من الطرف قبل برئه وهو قول اكثر اهل العلم منهم النخعى والثورى ومالك وابو حنيفة واسحاق وابو ثور وروى ذلك عن الحسن قال ابن المنذر كل من نحفظ عنه من اهل العلم يرى الانتظار بالجرح حتى يبرأ وعنه لا يحرم وهو تخريج فى المغنى والشرح وهو قول الشافعى قال ولو سأل القود ساعة قطعت اصبعه =

نفسه كان هدرا وإن سرى القصاص إلى نفس الجانى كان هدرا أيضا (١)

كتاب الديات

كل من أتلف إنسانا أو جزءا منه بمباشرة او سبب فعليه ديته(٢) فان كان عمدا محضا فهى فى مال الجانى حالة(٣) وإن كان شبه عمد أو خطأ او ما أجرى مجراه فعلى عاقلته(٤). ولو ألقى على إنسان أفعى أو ألقاه عليها فقتلته او طلب

= أقيد به لما روى جابر ان رجلا طعن رجلا بقرن فى ركبته فقال يارسول الله اقدنى قال حتى تبرأ فأبى وعجل فاستقاد له رسول الله ﷺ فعيبت رجل المستقيد وبرأت رجل المستقاد منه فقال النبى ﷺ « ليس لك شىء انك عجلت » رواه سعيد مرسلا ولنا ما روى جابر ان النبى ﷺ نهى ان يستقاد من الجرح حتى يبرأ المجروح رواه الدارقطنى

(١) قوله « فان فعل ذلك الخ » هذا المذهب وهو من مفرداته وقال الشافعى هى مضمونة لأنها سراية جناية فكانت مضمونة كما لو لم يقتص ولنا الخبر المذكور فى المسئلة التى قبلها ولأنه استعجل ما لم يكن له استعجاله فبطل حقه

(٢) قوله « كل من أتلف انسانا الخ » لقوله تعالى ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ ﴾ الآية ، وفيها ﴿ وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله ﴾ وعبر عن الذمة بالميثاق وحديث ابى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم حين كتب له النبى ﷺ كتابا الى أهل اليمن ذكر فيه الديات وأجمع أهل العلم على ذلك فى الجملة

(٣) قوله « فان كان القتل عمدا الخ » أجمع أهل العلم على ان دية العمد تجب فى مال الجانى لا تحملها العاقلة وتجب حالة وبه قال مالك والشافعى. وقال أبو حنيفة تجب فى ثلاث سنين لأنها دية آدمى فكانت مؤجلة كدية شبه العمد ولنا ان ما وجب بالعمد المحض كان حالا كالقصاص وارش أطراف العبد ولا يشبه شبه العمد لان القاتل معذور لكونه لم يقصد القتل

(٤) قوله « وان كان شبه عمد الخ » شبه العمد على العاقلة وهو المذهب وبه قال الشعبى والنخعى والحكم والشافعى والثورى واسحاق وأصحاب الرأى وابن المنذر وقال ابن سيرين والزهرى وابن شبرمة وقتادة وأبو ثور هى على القاتل فى ماله واختاره أبو بكر لأنها موجب فعل قصده فلم تحمله العاقلة وهكذا يجب أن =

إنسانا بسيف مجرد فهرب فوقع فى شىء تلف به بصيرا كان او ضريرا أو حفر بئرا فى فنائه أو وضع حجرا[١] أو صب ماء فى طريق[٢] أو بالت فيها دابته

= يكون مذهب مالك لان شبه العمد عنده من باب العمد ولنا ما روى أبو هريرة قال اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت احداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما فى بطنها فقضى رسول الله ﷺ بدية المرأة على عاقلتها متفق عليه وتجب مؤجلة لا نعلم فيه خلافا بين أهل العلم وروى ذلك عن عمر وعلى وابن عباس وبه قال الشعبى والنخعى وقتادة وأبو هاشم وعبيد الله بن عمر ومالك والشافعى واسحاق وأبو ثور وابن المنذر واما دية الخطا فلا نعلم خلافاً بين أهل العلم فى انها على العاقلة قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، وقد ثبتت الأخبار عن رسول الله ﷺ انه قضى بدية الخطأ على العاقلة ، فأما الكفارة ففى مال القاتل لا يدخلها تحمل

[فائدة] لا يلزم القاتل شىء من دية الخطأ وبه قال مالك والشافعى وقال أبو حنيفة هو كواحد من العاقلة لأنها وجبت عليهم إعانة فلا يزيدان عليه فيها . ولنا ما روى أبو هريرة ان النبى ﷺ قضى بدية المرأة على عاقلتها متفق عليه

(١) قوله « وان ألقى على إنسان أفعى الخ » وفيه مسائل الأولى اذا ألقى على انسان أفعى أو ألقاه عليها فقتلته فعليه ضمانه وهو المذهب لأنه تلف بعدوانه. الثانية اذا طلب انسانا بالسيف الخ فيضمنه وهو المذهب سواه سقط من شاهق او انخسف به سقف أو خر فى بئر أو لقيه سبع فافترسه أو غرق فى هربه أو احترق بنار وسواء كان المطلوب صغيراً أو كبيراً أعمى أو بصيراً . وقال الشافعى لا يضمن البالغ العاقل البصير إلا أن ينخسف به سقف . ولو شهر سيفا فى وجه انسان أو دلاه من شاهق فمات من روعته أو ذهب عقله فعليه ديته . الثالثة اذا حفر بئراً الخ وكذا لو حفرها فى طريق لغير مصلحة المسلمين أو فى ملك غيره بغير اذنه فمراد المصنف اذا كان الحفر محرما سواء كان فى فنائه أو غيره فمراده ضرب مثال لا حصر المسئلة فى ذلك وروى عن شريح انه ضمن رجلا حفر بئرا فوقع فيها رجل فمات وروى ذلك عن على رضى الله عنه وهو قول الثورى والشافعى واسحاق

(٢) قوله « أو صب ماء الخ » هذا المذهب مطلقا وعليه جماهير الأصحاب وقال فى الترغيب ان رشه لذهاب الغبار فمصلحة عامة كحفر بئر فى سابلة

ويده عليها أو رمى قشر بطيخ فيها فتلف به إنسان وجبت عليه ديته[١] وإن حفر بئراً ووضع آخر حجرا فعثر به انسان فوقع فى البئر فالضمان على واضع الحجر[٢] وان غصب صغيرا فنهشته حية أو أصابته صاعقة ففيه الدية[٣] وإن مات بمرض فعلى وجهين[٤] وان اصطدم نفسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد

---

(١) قوله « أو بالت دابته الخ » وهذا المذهب سواء كان راكبا أو قائداً أو سائقا وعليه الأصحاب لأنه تلف حصل من جهة دابته التى يده عليها فاشبه ما لو جنت بيدها أو فمها ، وقال المصنف والشارح وصاحب الفروع : وقياس المذهب لا يضمنه كمن سلم على غيره أو أمسك يده فمات ونحوه لعدم تأثيره ، قال فى الانصاف وهذا الصواب

(٢) قوله « وان حفر بئراً الخ » وهذا المذهب لأن الحجر كالدافع له واذا اجتمع الحافر والدافع فالضمان على الدافع وحده وبهذا قال الشافعى . وعن احمد الضمان عليهما قال فى الفروع فيخرج فيه ضمان المتسبب اختاره ابن عقيل وغيره وجعله أبو بكر كقاتل وممسك

[تنبيه] محل الخلاف اذا تعديا بفعل ذلك اما ان تعدى أحدهما فالضمان عليه وحده قاله الأصحاب وتقدم أحكام البئر فى آخر الغصب

(٣) قوله « وان غصب صغيراً الخ » هذا المذهب لأنه تلف فى يده العادية

(٤) قوله « وان مات بمرض الخ » وكذا لو مات فجأة أحدهما تجب عليه الدية صححه فى التصحيح وجزم به فى الوجيز كالعبد الصغير ، والثانى لا تجب جزم به فى المنور وقدمه فى المحرر وجزم به فى الاقناع قال الحارثى فى الغصب وعن ابن عقيل لا يضمن ولم يفرق بين الصاعقة والمرض وهو الحق انتهى

[فائدتان] قال الشيخ تقى الدين مثل الحية والصاعقة كل سبب يختص البقعة كالوباء وانهدام سقف عليه ونحوهما

(الثانية) لو قيد حراً مكلفا وغله فتلف بصاعقة أو حية ففيه الدية على الصحيح من المذهب وقيل لا تجب

على قوله « وان اصطدم نفسان » * بصيران أو ضريران أو أحدهما

على قوله « فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر » * هذا المذهب وسواء كان تصادمهما عمداً او خطأً روى عن على ولا يجب قصاص لأن الصدمة لا تقتل غالباً

منهما دية الآخر وان كانا راكبين فماتت الدابتان فعلى كل واحد منهما قيمة دابة الآخر[1] وإن كان أحدهما يسير والآخر واقفا فعلى السائر ضمان الواقف ودابته إلا أن يكون فى طريق ضيق قاعدا أو واقفا فلا ضمان فيه[2] وعليه ضمان ما تلف به[3] وإن أركب صبيين لا ولاية له عليهما فاصطدما فماتا فعلى

---

(١) قوله « فعلى كل واحد الخ » هذا المذهب سواء كانت الدابتان فرسين أو بغلين او حمارين او جملين أو كان أحداهما فرسا والأخرى غيرها مقبلين أو مدبرين وبهذا قال أبو حنيفة وصاحباه واسحاق . وقال مالك والشافعى على كل واحد منهما نصف قيمة ما تلف من الآخر وهو قول فى المذهب لأن التلف حصل بفعلهما فكان الضمان منقسما عليهما ولنا ان كل واحد منهما مات من صدمة صاحبه وانما هو قربها إلى محل الجناية فلزم الآخر ضمانها كما لو كانت واقفة . اذا ثبت ذلك فان قيمة الدابتين ان تساوتا تساقطا وان كانت احداهما أكثر من الأخرى فلصاحبها الزيادة وان ماتت احدى الدابتين فعلى الآخر قيمتها وان نقصت فعليه نقصها وقدم فى الرعايتين اذا غلبت الدابة راكبها بلا تفريط لم يضمن وجزم به فى الترغيب والوجيز والحاوى الصغير

(٢) قوله « وان كان أحدهما يسير الخ » هذا المذهب نص عليه لان السائر هو الصادم المتلف فكان الضمان عليه فان مات هو أو دابته فهدر لانه أتلف نفسه ودابته وان انحرف الواقف فصادفت الصدمة انحرافه فهما كالسائرين لأن التلف حصل من فعلهما

(٣) قوله « وعليه ضمان ما تلف به » جزم المصنف هنا ان ما أتلفه الواقف أو القاعد للسائر فى الطريق الضيق أنه يضمنه وجزم به فى الشرح وشرح ابن منجا واختاره المصنف والصحيح من المذهب انه لا يضمن نص عليه لأنه لم يجن عليه وأما ما يتلف للسائر اذا كانت الطريق واسعة فلا ضمان على الواقف والقاعد على الصحيح من المذهب

[تنبيهان] أحدها قوله فعلى السائر ضمان الخ ضمان الواقف يكون على عاقلة السائر وضمان دابة الواقف يكون على نفس السائر صرح به الأصحاب فظاهر كلام المصنف غير مراد

عاقلته ديتهما(١) وان رمى ثلاثة بمنجنيق فقتل الحجر إنسانا فعلى عاقلة كل

(الثانى) قوله الا ان يكون فى طريق ضيق قاعدا أو واقفاً قال ابن منجا لا بد أن يلحظ ان الطريق الضيق غير مملوك للواقف أو القاعد لانه اذا كان مملوكا له لم يكن متعديا بوقوفه بل السائر هو المتعدى لسلوكه ملك غيره بغير اذنه انتهى. قلت وجزم به فى الاقناع

[فائدة] لو اصطدم عبدان ماشيان فماتا فهدر . وان مات أحدهما فقيمته فى رقبة الآخر كسائر جناياته ، وان اصطدم حر وعبد فماتا ضمنت قيمة العبد فى تركة الحر على الصحيح من المذهب وقيل نصفها وتجب دية الحر كاملة فى تلك القيمة لتعلق جنايته برقبته والقيمة قائمة مقامها فان تساويا تقاصا وان كانت القيمة أكثر سقط منها بقدر الدية وان كانت الدية أكثر فلا شيء عليه

(١) قوله « وان اركب صبيين الخ » هذا أحد الوجهين جزم به فى الترغيب والنظم والوجيز ومنتخب الادمى والشرح وشرح ابن منجا لانه متعـــد بذلك ، والصحيح من المذهب ان الضمان على الذى أركبهما لأنه متعد بذلك وتلفهما بسبب من جهته

[تنبيهان] أحدها محل الخلاف فى نفس الدية اما ان كان التالف مالا فان الذى أركبهما يضمنه قولا واحداً

(الثـانى) ظاهر كلام المصنف انه لو أركبهما من له ولاية عليهما فهما كما لو كانا عاقلين بالغين وركبا على ما تقدم وتحرير ذلك انه ان اركبهما لمصلحة فلاشيء عليه على الصحيح من المذهب وقال ابن عقيل انما ذلك إذا أركبهما ليمرنهما على الركوب اذا كانا يثبتان بأنفسهما فأما ان كانا لا يثبتان بأنفسهما فالضمان عليه ، وقال فى الترغيب ان صلحا للركوب وأركبهما ما يصلح لركوب مثلهمـا لم يضمن والا ضمن ، قال فى الانصاف وهو الصواب ولعله مراد من أطلق

[فائدة] لو اصطدم كبير وصغير فان مات الصغير ضمنه الـكبير ، وان مات الـكبير ضمنه الذى ركب الصغير

[فائدة] لو تجاذب اثنان حبلا أو نحوه فانقطع فسقطا فماتا فهما كالمتصادمين سواء انكبا أو استلقيا أو انـكب أحدهما واستلقى الآخر ، لـكن نصف دية المنـكب على عاقلة المستلقى مغلظة ونصف دية المستلقى على عاقلة المنـكب مخففة قاله فى الرعاية

واحد منهم ثلث ديته[١] وان قتل أحدهم ففيه ثلاثة أوجه[٢] (أحدها) يلغى فعل نفسه وعلى عاقلة صاحبيه ثلثا الدية ، و(الثانى) عليهما كمال الدية[٣] ، و(الثالث) على عاقلته ثلث الدية لورثته وثلثاها على عاقلة الآخرين[٤] وإن كانوا أكثر من ثلاثة فالدية حالة فى أموالهم[٥]. وإن جنى إنسان على نفسه أو طرفه خطأ

---

(١) قوله « وان رمى ثلاثة الخ » أى ولا قود لعدم امكان القصد غالبا وهو المذهب وعليه الأصحاب لأن العاقلة تحمل الثلث فما زاد وسواء قصدوا رمى واحد بعينه أو جماعة أو لم يقصدوا ذلك واختار فى الرعاية ان ذلك عمد ان كان الغالب الاصابة قال فى الانصاف قلت ان قصد رميه كان ذلك عمدا والا فلا . انتهى . قلت وهذا هو الصواب ان شاء الله تعالى

(٢) قوله « وان قتل أحدهما الخ » الوجه الأول هو المذهب جزم به القاضى فى المجرد والمصنف فى العمدة وقال فى المغنى هذا أحسن وأصح وهو مذهب الشافعى لأنه شارك فى إتلاف نفسه فلم يضمن ما قابل فعل نفسه كما لو شارك فى قتل بهيمته أو عبده قال المصنف وقد روى عن على رضى الله عنه فى مسئلة القارصة والقامصة والواقصة نحوه قال الشعبى وذلك ان ثلاث جوارا اجتمعن فركبت احداهن على عنق الأخرى وقرصت الثالثة المركوبة فقمصت فسقطت الراكبة فوقصت عنقها فماتت فرفع ذلك الى على فقضى بالدية اثلاثا على عواقلهن وألغى الثلث الذى قابل فعل الواقصة لأنها أعانت على قتل نفسها وهذه شبيهة بمسئلتنا

(٣) قوله « والثانى الخ » قال أبو الخطاب هذا قياس المذهب وقدمه فى الرعاية والفروع وجزم به فى الوجيز كالمتصادمين

(٤) قوله « والثالث الخ » اى لأن كل واحد منهم شارك فى قتل نفس مؤمنة خطأ فلزمه ديتها كالأجانب وهذا ينبنى على أن جناية المرء على نفسه أو أهله خطأ يتحمل عقلها العاقلة

(٥) قوله « وان كانوا أكثر الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب أى اذا كانوا أربعة فقتلوا أحدهم أو غيرهم فالدية على الخمسة لأن العاقلة لا تحمل مادون الثلث لأن المقتول يلغى فعل نفسه ويكون هدراً لانه لا يجب عليه لنفسه شيء ويكون باقى الدية فى أموالهم حالة لأن التأجيل فى الدية انما يكون فيما تحمله العاقلة وهذادون الثلث وأما على الوجه الذى اختاره أبو الخطاب فان الدية تجب على عاقلة =

فلا دية له ، وعنه على عاقلته ديته لورثته ودية طرفه لنفسه . وإن نزل رجل بئرا فخر عليه آخر فمات الاول من سقطته فعلى عاقلته ديته [١] وإن سقط ثالث فمات الثـــانى به فعلى عاقلته ديته وان مات الاول من سقطتهما فديته على عاقلتهما . وإن كان الأول جذب الثانى وجذب الثانى الثـالث فلا شىء على الثالث وديته على الثانى فى أحد الوجهين [٢] وفى الثانى على الأول والثانى نصفين ودية الثانى على الأول [٣] وإن كان الأول هلك من وقعة الثالث احتمل

= كل واحد من الثلاثة اثلاثا لأنهم تحملوا بها كلها لأن الرابع المقتول لا شىء على عاقلته ولا يسقط ما قابل فعله

(١) قوله « وان نزل رجل بئراً الخ » اذا نزل رجل فى بئر فسقط عليه آخر فقتله فعليه ضمانه كما لو رمى عليه حجراً فان كان عمد رمى نفسه عليه وهو مما يقتل مثله غالباً فعليه القصاص وان كان مما لا يقتل غالبا فهو شبه عمد وان وقع خطأً فالدية على عاقلته مخففة وان مات الثانى بوقوعه على الأول فدمه هدر لأنه مات بفعله وقد روى على بن رباح اللخمى ان رجلا كان يقود أعمى فوقعا فى بئر خر البصير فوقع الأعمى فوق البصير فقتله فقضى عمر بعقل البصير على الأعمى فكان الأعمى ينشد فى الموسم :

يا أيها النـاس لقيت منـكراً ٭ هل يعقل الأعمى الصحيح المبصرا
خرا معاً كلاهما تـكسرا

رواه الدارقطنى وهذا قول ابن الزبير وشريح والنخعى والشافعى واسحاق ولا نعلم فيه خلافا قال فى المغنى : ولو قال قائل ليس على الأعمى ضمان البصـير لأنه الذى قاده الى المـكان الذى وقعا فيه وكان سبب وقوعه عليه ولذلك لو فعله قصدا لم يضمنه بغير خلاف وكان عليه ضمان الأعمى الا ان يكون مجمعاً عليه

(٢) قوله « وان كان الأول جذب الثانى الخ » وهو المذهب لأن الثالث لا فعل له وتجب ديته على الثانى لأنه هو الذى جذبه وباشره بذلك والمبـاشرة تقطع حكم التسبب ، وفى الوجه الآخر ديته على الأول والثانى نصفين لأن الأول جذب الثانى الجاذب للثالث فصار مشاركاً للثانى فى إتلافه

(٣) قوله « ودية الثانى على الأول » هـــذا أحد الوجوه قدمه فى الرعايتين وجزم به فى الاقناع لأنه هلك بجذبته ، والوجه الثانى يجب على الاول نصف ديته ويهدر نصفها فى مقابلة فعل نفسه

أن يكون ضمانه على الثانى واحتمل أن يكون نصفها على الثانى وفى نصفها الآخر وجهان[١]. وإن خر رجل فى زبية أسد فجذب آخر وجذب الثانى ثالثا وجذب الثالث رابعا فقتلهم الاسد فالقياس ان الدم الاول هدر[٢] وعلى عاقلته دية الثانى وعلى عاقلة الثانى دية الثالث وعلى عاقلة الثالث دية الرابع . وفيه وجه آخر ان دية الثالث على عاقلة الاول والثانى نصفين ودية الرابع على عاقلة الثلاثة أثلاثا . وروى عن على رضى الله عنه انه قضى للاول بربع الدية وللثانى بثلثها وللثالث بنصفها وللرابع بكمالها على من حضرهم ثم رفع إلى النبى ﷺ فأجاز قضاءه فذهب احمد اليه توقيفا[٣] ومن اضطر الى طعام إنسان

---

(١) قوله « وان كان الأول هلك الخ » الاحتمال الثانى جزم به فى الاقناع فيكون نصفها على الثانى والباقى هدر لان الهلاك حصل بفعل الثانى والاول فيلغى فعل الاول فى نفسه ويجب على عاقلة الثانى نصف الدية

(٢) قوله « فالقياس الخ » هذا المذهب وكذا لو تدافع أو تزاحم عند حفرة جماعة فسقط منهم أربعة متجاذبين بأن سقط منهم واحد فجذب آخر وجذب الثانى ثالثاً وجذب الثالث رابعا فقتلهم الاسد

على قوله « فالقياس ان دم الاول هدر » ﻫ لانه لا صنع لاحد فى القائه

على قوله « وعلى عاقلته دية الثانى » ﻫ لانه تسبب فى قتله

على قوله « وعلى عاقلة الثانى دية الثالث » ﻫ لما ذكرنا

على قوله « وفيه وجه ان دية الثالث على عاقلة الاول والثانى نصفين » ﻫ لان جذب الأول للثانى سبب فى جذب الثالث كما لو قتلاه خطأ

على قوله « ودية الرابع على عاقله الثلاثة أثلاثا » ﻫ لأن جذب الثلاثة سبب فى إتلافه

(٣) قوله « وروى عن على الخ » روى حنش الصنعانى ان قوما من أهل اليمن حفروا زبية للأسد فاجتمع الناس على رأسها فهوى فيها واحد فجذب ثانيا وجذب الثانى ثالثا وجذب الثالث رابعا فقتلهم الأسد فرفع ذلك الى على فقضى فيها بما =

او شرابه وليس به مثل ضرورته فمنعه حتى مات ضمنه نص عليه[١] وخرج عليه أبو الخطاب كل من أمكنه انجاء إنسان من هلكة فلم يفعل [٢] وليس ذلك مثله[٣] ومن أفزع إنسانا فأحدث بغائط فعليه ثلث ديته وعنه لا شيء عليه [٤]

= ذكر وقال فانى أجعل الدية على من حضر رأس البئر ثم رفع إلى النبي ﷺ فأجاز قضاءه رواه سعيد بن منصور ورواه أحمد أيضا وفى رواية لأحمد فجعل الدية على قبائل الذين ازدحموا أى عواقلهم وهو ظاهر فى الثلث والنصف وأما الربع فلا يتوجه حمل العاقله لها لكن ذكر بعض أهل العلم ان الحديث لا يثبته أهل النقل وانه ضعيف والقياس ما قلناه فلا ينتقل عنه إلى ما لا يدرى ثبوته ولا معناه

[فائدة] نقل جماعة ان ستة تغاطوا فى الفرات فمات واحد فرفع الى على فشهد رجلان على ثلاثة وثلاثة على اثنين فقضى بخمس الدية على الثلاثة وثلاثة أخماس الدية على الاثنين

(١) قوله « ومن اضطر الى طعام انسان الخ » من أخذ طعام إنسان أو شرابه فى برية أو مكان لا يقدر فيه على طعام وشراب فهلك بذلك أو هلكت بهيمته فعليه ضمان ما تلف به لأنه سبب هلاكه ، وكذلك ان اضطر الى طعام وشراب لغيره فطلبه منه فمنعه إياه مع غناه عنه فى تلك الحال فمات بذلك ضمنه المطلوب منه وهذا المذهب لما روى ان رجلا أتى أهل ابيات فاستسقاهم فلم يسقوه حتى مات فأغرمهم عمر رضى الله عنه الدية حكاه أحمد فى رواية ابن منصور وقال أقول به وهو من مفردات المذهب ولأنه إذا اضطر اليه صار أحق به ممن هو فى يده وله أخذه قهراً فاذا منعه إياه تسبب الى هلاكه بمنعه ما يستحقه فلزمه ضمانه ويكون ضمانه عليه وقال القاضى يكون على عاقلته

[فائدة] مثل المسئله فى الحكم لو أخذ منه ترسا كان يدفع به عن نفسه ضربا

(٢) قوله « وخرج عليه الخ » أى لاشتراكهما فى القدرة على سلامته وخلاصه من الموت

(٣) قوله « وليس ذلك مثله الخ » أى لأنه هنا لم يتسبب الى هلاكه فلم يضمنه كما لو لم يعلم بحاله ، وأما فى مسئلة الطعام فانه منعه منعا كان سببا فى هلاكه فافترقا

(٤) قوله « من أفزع إنسانا الخ » هذا المذهب نص عليه قضى بذلك عثمان =

فصل

ومن أدب ولده او امرأته فى النشوز أو المعلم صبيه أو السلطان رعيته ولم يسرف فأفضى الى تلفه لم يضمنه(١) ويتخرج وجوب الضمان على ما قاله فيما إذا أرسل السلطان الى امرأة ليحضرها فأجهضت جنينها أو ماتت فعلى عاقلته الدية (٢) وإن سلم ولده إلى السابح ليعلمه فغرق لم

=قال أحمد لا أعلم شيئا يدفعه و به قال اسحاق ،وعنه لا شيء عليه وهو قول أبى حنيفة ومالك والشافعى لان الدية انما تجب لإتلاف منفعة أو عضو أو إزالة جمال وليس ههنا شيء من ذلك قال الشارح وهذا هو القياس وانما ذهب من ذهب إلى إيجاب الثلث لقضية عثمان رضى الله عنه لأنها فى مظنة الشهرة ولم ينقل خلافها فتكون اجماعا ولأن قضاء الصحابى فيما يخالف القياس يدل على انه توقيف

[فائدة] وكذا الحكم لو أحدث ببول ، ونقل ابن منصور الاحداث بالريح كالاحداث بالبول وهو المذهب وذكره القاضى وأصحابه وجزم به فى الرعايتين والحاوى وناظم المفردات وهو منها وقال المصنف والشارح والاولى التفريق بين البول والريح لأن البول والغائط أفحش

(١) قوله « ومن أدب ولده الخ » هذا المذهب لانه أدب ماذون فيه شرعا فلم يضمن ما تلف به كالحد والتعزير

(٢) قوله « ويتخرج وجوب الضمان الخ » أفادنا المصنف رحمه الله ان السلطان اذا أرسل الى امرأة ليحضرها فاجهضت جنينها أو ماتت انه يضمن أما اذا أجهضت جنينها فانه يضمنه بلا نزاع أعلمه لما روى ان عمر بعث الى امرأة مغيبة كان يدخل عليها فقالت يا ويلها ما لها ولعمر فبينما هى فى الطريق اذ فزعت فضربها الطلق فألقت ولداً فصاح الصبى صيحة أو صيحتين ثم مات فاستشار عمر الصحابة فأشار بعضهم ان ليس عليك شيء وانما انت وال ومؤدب وصمت على فأقبل عليه عمر فقال ما تقول يا أبا الحسن فقال إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم وان كانوا قالوا فى هواك فلم ينصحوا لك ان ديته عليك لأنك أفزعتها فألقته فقال عمر أقسمت عليك ان لا تبرح حتى تقسمها على قومك واما اذا ماتت فزعاً من ارسال السلطان فجزم المصنف هنا انه يضمنها وهو أحد الوجهين والمذهب منهما لأنها نفس هلكت =

يضمنه[١] ويحتمل ان تضمنه العاقلة[٢] وإن أمر عاقلا ينزل بئرا او يصعد شجرة فهلك لم يضمنه[٣] الا أن يكون الآمر السلطان فهل يضمنه ؟ على وجهين[٤] وإن وضع جرة على سطح فرمتها الريح على إنسان فتلف لم يضمنه [٥]

= بسببه فوجب ان يضمن كما لو ضربها فماتت . والوجه الثانى لا يضمنها جزم به فى الوجيز لانه ليس بسبب عادة وان استعدى انسان على امرأة فألقت جنينها أو ماتت فزعاً فعلى عاقلة المستعدى الضمان ان كان ظالما لها وان كانت هى الظالمة وأحضرها عند الحاكم فينبغى ان لا يضمنها لأنها سبب احضارها بظلمها

[فائدة] لو أذن السيد فى ضرب عبده فضربه المأذون له ففى ضمانه وجهان وأطلقهما فى الفروع قال فى الانصاف والصواب انه لا يسقط ، ولو أذن الوالد فى ضرب ولده فضربه المأذون له ضمنه جزم به فى الرعاية والفروع

(١) قوله « وان أسلم ولده الخ » يعنى لم يضمنه إذا كان حاذقاً وهذا المذهب قال فى الفروع لم يضمنه فى الأصح قال ابن منجا فى شرحه هذا المذهب لأنه فعل ما جرت العادة به لمصلحته كضرب المعلم الصبى الضرب المعتاد ، وكذا لو سلم بالغ عاقل نفسه

(٢) قوله « ويحتمل الخ » أى لأنه سلمه اليه ليحتاط فى حفظه فاذا غرق فقد نسب الى التفريط فى حفظه

(٣) قوله « وان أمر عاقلا الخ » أى كما لو استأجره لأنه لم يجن ولم يتعد فأشبه ما لو أذن له ولم يأمره

(٤) قوله « إلا أن يكون الخ » أحدهما لا يضمنه كما لو استأجره لذلك وهو المذهب صححه فى التصحيح وجزم به فى الوجيز وقدمه فى المحرر والفروع وغيرهما ، والوجه الثانى يضمنه وهو من خطأ الامام اختاره القاضى فى المجرد ولأنه يخاف منه اذا خالفه وهو مأمور بطاعته

[فائدة] لو أمر من لا يميز بذلك ضمنه وكذا لو كان غير مكلف

(٥) قوله « وان وضع جرة الخ » أو وضعها على حائطه ولو مستطرفة وهذا المذهب لأن ذلك بغير فعله ووضعه لذلك كان فى ملكه

على قوله « دية الحر المسلم مائة من الإبل أو مائتا بقرة أو ألفا شاة » وكون البقر والغنم من أصول الدية من المفردات

باب مقادير ديات النفس

دية الحر المسلم مائة من الابل او مائتا بقرة او الفا شاة أو ألف مثقال أو اثنا عشر ألف درهم فهذه الخمس اصول فى الدية[١] اذا أحضر من عليه الدية شيئا منها لزمه قبوله[٢] وفى الحلل روايتان احداهما ليست أصلا فى الدية[٣] وفى الأخرى أنها أصل وقدرها مائتا حلة من حلل اليمن كل حلة بردان[٤]، وعنه ان الابل هى الاصل خاصة وهذه أبدال عنها فان قدر على الابل والا انتقل اليها[٥] فان كان القتل عمدا او شبه عمد وجبت ارباعا خمس وعشرون بنت

---

(١) قوله « فهذه الخمس أصول فى الدية » هذا المذهب قال القاضى لا يختلف المذهب ان أصول الدية هذه الخمسة وهذا قول عمر وعطاء وطاوس والفقهاء السبعة وبه قال الثورى وابن أبى ليلى وأبو يوسف ومحمد لما روى محمد بن عمرو بن حزم فى كتابه ان رسول الله ﷺ كتب الى أهل اليمن « وان فى النفس المؤمنة مائة من الابل وعلى أهل الورق الف دينار » رواه النسائى وروى ابن عباس ان رجلا من بنى عدى قتل فجعل النبى ﷺ ديته اثنى عشر الفاً رواه ابو داود والترمذى وروى عن عكرمة مرسلا وهو أصح وأشهر وعن عطاء عن جابر قال فرض رسول الله ﷺ فى الدية على أهل الابل مائة من الابل وعلى أهل البقر مائتى بقرة وعلى أهل الشاء الفى شاة رواه ابو داود وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قضى رسول الله ﷺ ان من كان عقله فى البقر مائتى بقرة ومن كان عقله فى الشاء الفى شاة رواه أحمد وأبو داود والنسائى

(٢) قوله « فاذا أحضر الخ » أى سواء كان من أهل ذلك النوع أو لم يكن لأنها أصول فى قضـــاء الواجب فكانت الخيرة الى من وجبت عليه كخصال الكفارة

(٣) قوله « وفى الحلل الخ » إحداهما ليست أصلا وهو المذهب للأخبار ولأنها تختلف ولا تنضبط

(٤) قوله « والأخرى الخ » ونصرها القاضى وأصحابه وصححها السامرى لحديث عمر ، وعلى أهل الحلل مائتا حلة رواه أبو داود

(٥) قوله « وعنه أن الابل الخ » قال ابن منجا فى شرحه هـذه الرواية هى

مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة[1] وعنه أنها ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة فى بطونها أولادها[2]. وهل يعتبر كونها ثنايا؟ على وجهين[3] وان كان خطأ وجبت أخماسا

= الصحيحة من حيث الدليل قال الزركشي هى أظهر دليلا و نصرها وهى ظاهر كلام الخرقى حيث لم يذكر غيرها لقول رسول الله ﷺ الا ان فى قتيل السوط والعصا مائة من الابل ولأنه فرق بين دية العمد والخطأ فغلظ بعضها وخفف بعضها ولا يتحقق هذا فى غير الابل

(١) قوله « وجبت أرباعا الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب وهذا قول الزهرى وربيعة ومالك وسليمان بن يسار وأبى حنيفة وروى ذلك عن ابن مسعود

(٢) قوله « وعنه أنها ثلاثون الخ » وبهذا قال عطاء ومحمد بن الحسن والشافعى وروى ذلك عن عمر وزيد وأبى موسى والمغيرة وجزم بها أبو الخطاب فى الانتصار وجزم به فى العمدة واختاره الزركشي لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبى ﷺ قال من قتل عمداً دفع الى أولياء المقتول فان شاءوا قتلوا وان شاءوا أخذوا الدية وهى ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة وما صولحوا عليه فهو لهم رواه الترمذى وقال حسن غريب وعن عبد الله بن عمر ان رسول الله ﷺ قال ان فى قتيل عمد الخطا قتيل السوط والعصا مائة من الابل منها أربعون خلفة فى بطونها أولادها رواه الامام احمد وابو داود وعن عمرو بن شعيب ان رجلا يقال له قتادة حذف ابنه بالسيف فقتله فأخذ عمر منه الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة رواه مالك ووجه الأولى ما روى الزهرى عن السائب بن يزيد قال كانت الدية على عهد رسول الله ﷺ ارباعا خمساً وعشرين جذعة وخمسا وعشرين حقة وخمسا وعشرين بنت لبون وخمسا وعشرين بنت مخاض ، وذكر فى الروضة رواية العمد اثلاثاً وشبه العمد ارباعا

(٣) قوله « وهل يعتبر كونها ثنايا الخ » احدهما يعتبر ذلك وهو المذهب وهو الذى ذكره القاضى وصححه فى النظم وقدمه فى الفروع لأنه عليه الصلاة والسلام أطلق الخلفات ولم يقيدها فاعتبار السن تقييد لايصار اليه إلا بدليل والثانى يعتبر لأن فى بعض الفاظ الحديث من ثنية الى بازل عامها رواه أحمد وابو داود =

عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة[١] ويؤخذ من البقر النصف مسنات والنصف أتبعه[٢] وفى الغنم النصف ثنايا والنصف أجذعة[٣] ولا تعتبر القيمة فى شىء من ذلك بعد أن يكون سليما من العيوب [٤] وقال ابو الخطاب يعتبر أن يكون قيمة كل بعير مائة وعشرين درهما [٥] فظاهر هذا انه يعتبر فى الأصول كلها ان تبلغ دية من الاثمان والاول أولى[٦] وتؤخذ من الحلل المتعارف فان تنازعا فيها جعلت

= والثنية ما لها خمس سنين ودخلت فى السادسة وقيل يعتبر كونها ثنايا الى بازل عام وله سبع سنين

(١) قوله « وان كان خطأ الخ » هذا المذهب بلا نزاع وهذا قول ابن مسعود والنخعي واصحاب الرأى وابن المنذر وقال عمر بن عبد العزيز وسليمان بن يسار والزهرى والليث وربيعة ومالك والشافعى كقولنا الا أنهم جعلوا مكان بنى مخاض بنى لبون وهكذا رواه سعيد فى سننه عن النخعى عن ابن مسعود وروى عن على والحسن والشعبي والحارث العكلى واسحاق انها ارباع كدية العمد سواء ، ولنا ما روى ابن مسعود قال قال رسول الله فى دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنى مخاض وعشرون بنت لبون رواه أبو داود والنسائى وابن ماجه وقال فى اسناده عن الحجاج حدثنا زيد بن جبير ، والترمذى وقال لا نعرفه مرفوعا الا من هذا الوجه ، ورواه الدارقطنى وقال هذا حديث غير ثابت

(٢) قوله « ويؤخذ من البقر الخ » هذا المذهب لأن ذلك هو العدل لانه لو أخذ الكل مسنات لكان فيه إجحافا على الجانى وبالعكس فيه تحامل على المجنى عليه

(٣) قوله « وفى الغنم الخ » هذا المذهب لما ذكرنا

(٤) قوله « ولا تعتبر القيمة فى شىء من ذلك الخ » هذا المذهب قال المصنف هنا وهذا أولى وصححه هو والشارح لأنه عليه الصلاة والسلام أطلقها فتقييدها بالقيمة يخالف ظاهر الخبر

(٥) قوله « وقال أبو الخطاب الخ » لأن عمر قوم الابل على أهل الذهب بألف مثقال وعلى أهل الورق باثنى عشر الف درهم رواه سعيد

(٦) قوله « فظاهر هذا الخ » هذا رواية عن أحمد ذكرها فى الكافى وغيره وعليها أكثر الأصحاب منهم القاضى وأصحابه وجزم به فى الهداية والمذهب وغيرهما =

قيمة كل واحدة ستين درهما

فصل

ودية المرأة نصف دية الرجل(١) ويساوى جراحها جراحه الى ثلث الدية فاذا زادت صارت على النصف(٢) ودية الخنثى المشكل نصف دية ذكر ونصف

= ولا يعتبر فيها أن تكون من جنس ابله وقال القاضى الواجب عليه أن تكون من جنس ابله سواء كان القاتل أو العاقلة فان لم يكن له ابل فمن غالب إبل بلده فان لم يكن فيها ابل وجب من غالب ابل أقرب البلاد اليه

(١) قوله « ودية المرأة الخ » هذا بلا نزاع أجمع على ذلك أهل العلم ذكره ابن المنذر وابن عبد البر وحكى غيرهما عن ابن علية والأصم انهما قالا ديتها كدية الرجل لقوله عليه السلام فى النفس المؤمنة مائة من الابل وهذا قول شاذ يخالف قول الصحابة وسنة النبى ﷺ فان فى كتاب عمرو بن حزم « دية المرأة على النصف من دية الرجل» وهو أخص مما ذكروه وهما فى كتاب واحـــد فيكون ما ذكرنا مفسراً لما ذكروه مخصصاً له

(٢) قوله « ويساوى جراح المرأة الخ » وهذا المذهب وعليه الأصحاب وهو من مفردات المذهب قاله فى الانصاف روى ذلك عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز وعروة بن الزبير والزهرى وقتادة وربيعة ومالك قال ابن عبد البر وهو قول فقهاء المدينة السبعة وجمهور أهل المدينة وقال الحسن يستويان إلى النصف وروى عن على انها على النصف فيما قل أو كثر رواه سعيد وروى ذلك عن ابن سيرين وبه قال الثورى والليث وابن أبى ليلى وابن شبرمة وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور والشافعى فى ظاهر مذهبه واختاره ابن المنذر لأنهما شخصان تختلف ديتهما فاختلف ارش أطرافهما كالمسلم والكافر ولأنها جناية لها ارش مقدر فكانت على النصف من الرجل ، ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبى ﷺ قال عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى تبلغ الثلث من ديتها رواه النسائى والدارقطنى من رواية اسماعيل بن عياش عن ابن جريج وهذا نص يقدم على ما سواه وروى ربيعة قال قلت لسعيد بن المسيب كم فى اصبع المرأة قال عشر من الابل قلت ففى اصبعين قال عشرون قلت ففى ثلاث أصابع قال ثلاثون قلت ففى أربع أصابع قال عشرون قلت لما عظمت مصيبتها قل عقلها قال هكذا السنة يا ابن أخى رواه مالك عن ربيعة

دية أنثى وكذلك أرش جراحه(١)

فصل

ودية الكتابى مثل دية المسلم(٢) وعنه ثلث ديته وكذلك جراحهم ونساؤهم

[تنبيه] يحتمل قوله الى ثلث الدية عدم المساواة فى الثلث فلا بد أن يكون أقل منه وهو ظاهر كلام المصنف وهو المذهب والصحيح من الروايتين وصححه فى المغنى والشرح لقوله حتى تبلغ الثلث وحتى للغاية فيجب ان يكون ما بعدها مخالفاً لما قبلها

(١) قوله « ودية الخنثى الخ » هذا بلا نزاع وهو من مفردات المذهب لأن ميراثه كذلك فكذا ديته فتكون ديته ثلاثة أرباع دية ذكر لأنه يحتمل الذكورية والأنوثية قال الشارح وهذا قول أصحاب الرأى وعند الشافعى الواجب دية الأنثى لأنها اليقين

(٢) قوله « ودية الكتابى » وهذا المذهب بلا ريب وهو قول عمر بن عبد العزيز وعروة ومالك وعمرو بن شعيب وعنه ثلث ديته الا انه رجع عنها وروى عن عمر وعثمان ان ديته أربعة آلاف درهم وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعكرمة وعمرو بن دينار والشافعى واسحاق وأبو ثور لما روى عبادة بن الصامت ان النبى ﷺ قال دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف أربعة آلاف ورواه الشافعى عن عمر باسناد جيد وقال علقمة ومجاهد والشعبى والنخعى والثورى وأبو حنيفة ديته كدية المسلم وروى ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود ومعاوية، ولنا ماروى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده ان النبى ﷺ قال دية المعاهد نصف دية المسلم وفى لفظ ان النبى ﷺ قضى ان عقل أهل الكتاب نصف عقل المسلمين رواه أحمد وأبو داود والترمذى وحسنه قال الخطابى ليس فى دية أهل الكتاب شىء أبين من هذا ولا بأس باسناده وقد قال به أحمد وقول رسول الله أولى وأما حديث عبادة فلم يذكره أصحاب السنن وحديث عمر انما كان ذلك حين كانت الدية ثمانية آلاف فأوجب فيه نصفها أربعة آلاف ودليل ذلك ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كان قيمة الدية على عهد رسول الله ﷺ ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ودية أهل الكتاب يومئذ النصف فهذا يزيل الاشكال وفيه جمع للأحاديث فيكون دليلا لنا

على النصف من دياتهم ودية المجوسى والوثنى ثمانمائة درهم(١) ومن لم تبلغه الدعوة فلا ضمان فيه(٢) وعند ابى الخطاب ان كان ذا دين ففيه دية أهل دينه والا فلا شيء فيه

على قوله « ونساؤهم على النصف من دياتهم » ، لا نعلم فى هـذا خلافا بين أهل العلم

(١) قوله « ودية المجوسى الخ » وكذا من ليس له كتاب كالترك ومن عبد ما استحسن ومرأة المجوسى الذمى والمستأمن من غير المجوس ثمانمائة درهم وهذا بلا نزاع وكذا المعاهد والمستأمن بدارنا على الصحيح من المذهب فى المعاهد ويقدر جراحهم بالنسبة الى دياتهم وذهب أكثر أهل العلم الى هذا فى دية المجوسى قال احمد ما أقل من اختلف فى دية المجوسى وممن قال ذلك عمر وعثمان وابن مسعود وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وعطاء وعكرمة والحسن ومالك والشافعى واسحاق ويروى عن عمر بن عبد العزيز انه قال ديته نصف دية المسلم كدية الكتابى لقوله ﷺ سنوا بهم سنة أهل الكتاب وقال النخعى والشعبى وأصحاب الرأى ديته كدية المسلم ولنا ما روى عقبة بن عامر مرفوعا قال دية المجوسى ثمانمائة درهم رواه ابن عدى وطعن فيه بعضهم ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف فى عصرهم فيكون اجماعا

(٢) قوله « ومن لم تبلغه الدعوة الخ » أى لأنه لا أمان له ولا عهد اشبه الحربى وهذا المذهب فان كان له عهد ففيه دية أهل دينه فان لم يعرف دينه فدية مجوسى لانه اليقين

على قوله « ودية العبد والأمة قيمتهما بالغة ما بلغت » ، هذا المذهب بلاريب وهذا قول سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعمر بن عبد العزيز واياس ابن معاوية والزهرى ومكحول ومالك والأوزاعى والشافعى واسحاق وأبى يوسف وقال النخعى والشعبى والثورى وأبو حنيفة ومحمد لا يبلغ به دية الحر واحتجوا بأنه ضمان آدمى فلم يزد على دية الحر ولنا انه مال متقوم فيضمن بكمال قيمته بالغة ما بلغت كالفرس بخلاف الحر فانه يضمن بما قدره الشارع فلم تتجاوزه وحكم المدبر وام الولد والمكاتب والمعلق عتقه بصفة كذلك

فصل

ودية العبد والأمة قيمتهما بالغة ما بلغت وعنه لا يبلغ بها دية الحر وفى جراحه ان لم يكن مقدرا من الحر ما نقصه وإن كان مقدرا فى الحر فهو مقدر فى العبد من قيمته فى يده نصف قيمته وفى موضحته نصف عشر قيمته نقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر[١] وعنه انه يضمن بما نقص اختاره الخلال ، من نصفه حر ففيه نصف دية حر ونصف قيمته وهكذا فى جراحه[٢] وإذا قطع خصيتى عبد أو أنفه او أذنيه لزمته قيمته للسيد ولم يزل ملكه عنه[٣] وان قطع ذكره ثم خصاه لزمته قيمته لقطع الذكر وقيمة مقطوع الذكر وملك سيده باق عليه[٤]

---

(١) قوله « من ذلك أو أكثر » وجملته ان الجناية على العبد يجب ضمانها بما نقص من قيمته لان الواجب انما وجب جبرا لما فات بالجناية ولا يتخير إلا بإيجاب ما نقص من القيمة فان كان الفائت بالجناية مؤقتاً فى الحر كيده وموضحته ففيه روايتان احداهما ان فيه أيضاً ما نقصه بالغاً ما بلغ قال أحمد انما نأخذ قيمة ما نقص منه على قول ابن عباس وهذا اختيار الخلال والمصنف والشارح وصاحب الترغيب وأبى محمد الجوزى والشيخ تقى الدين قال فى الانصاف وهو الصواب لأن ضمانه ضمان الأموال فيجب فيه ما نقص كالبهائم ولأن ما ضمن بالقيمة بالغاً ما بلغ ضمن بعضه بما نقص كسائر الأموال والرواية الأخرى ان ما كان مؤقتا فى الحر فهو مؤقت فى العبد من قيمته وهذا المذهب لأنه ساوى الحر فى ضمان الجناية بالقصاص والكفارة فساواه فى اعتبار ما دون النفس كالرجل والمرأة وروى ذلك عن على قال أحمد هذا قول سعيد بن المسيب

(٢) قوله « ومن نصفه حر الخ » هذا مبنى على المذهب وأما على الرواية الأخرى ففى لسانه نصف دية حر ونصف ما نقص

(٣) قوله « واذا قطع خصيتى عبد الخ » لأنها بدل عن الأعضاء المملوكة للسيد ، وأما ملكه فباق لأنه لم يوجد سبب يقتضى الزوال فوجب بقاؤه على ملكه وهذا على المذهب وأما على الرواية الأخرى فانه يلزمه ما نقص

(٤) قوله « فان قطع ذكره ثم خصاه الخ » وهذا أيضاً مبنى على الرواية الأولى وعلى الثانية يلزمه ما نقص

فصل

ودية الجنين الحر المسلم اذا سقط ميتا غرة عبد او أمة(١) قيمتها خمس من الابل موروثة عنه كأنه سقط حيا ذكرا كان او أنثى(٢). ولا يقبل فى الغرة خنثى

[فائدة] الأمة كالعبد لكن اذا بلغت جراحها ثلث قيمتها فقال المصنف يحتمل ان ترد جنايتها الى النصف فيكون فى ثلاثة أصابع ثلاثة أعشار قيمتها وفى الأربع خمس قيمتها ويحتمل ان ترد الى النصف لأن ذلك فى الحرة على خلاف الأصل قال الزركشى قلت وهذا هو الصواب

(١) قوله « ودية الجنين الحر الخ » وهذا بلا نزاع وهو قول أكثر أهل العلم منهم عمر بن الخطاب وعطاء والشعبى والنخعى والزهرى ومالك والثورى والشافعى واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى . وقد روى عن عمر رضى الله عنه انه استشار الناس فى املاص المرأة فقال المغيرة بن شعبة شهدت النبى ﷺ قضى فيه بغرة عبد أو أمة قال لتأتين بمن يشهد معك فشهد له محمد بن مسلمة وعن أبى هريرة قال اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت احداهما الأخرى فقتلتها وما فى بطنها فاختصموا إلى رسول الله ﷺ فقضى ان دية جنينها عبد او أمة وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم متفق عليه

[فائدة] انما تجب الغرة اذا سقط من الضربة ويعلم ذلك بأن يسقط عقيب الضرب أو تبقى منها متألمة إلى أن يسقط ، ولو قتل حاملا ولم يسقط جنينها أو ضرب من فى جوفها حركة أو انتفاخ فسكن الحركة وأذهبها لم يضمن الجنين وبهذا قال مالك وقتادة والأوزاعى والشافعى وابن المنذر واذا القته من الضربة وجب ضمانه سواء القته فى حياتها أو بعد موتها وبهذا قال الشافعى وقال مالك وأبو حنيفة ان القته بعد موتها لم يضمنه

(٢) قوله « قيمتها خمس من الابل » وذلك نصف عشر الدية روى ذلك عن عمر وزيد وبه قال النخعى والشعبى وربيعة ومالك والشافعى واسحاق وأصحاب الرأى والغرة موروثة عنه لأنها دية له وبهذا قال مالك وأصحاب الرأى

[فائدة] اذا ضرب بطن امرأة فالقت أجنة ففى كل واحد غرة وبهذا قال مالك والشافعى واسحاق وابن المنذر وقال لا أحفظ عن غيرهم خلافهم ويستوى فى ذلك الذكر والأنثى فى انه يجب لكل واحد غرة

ولا معيب(١) ولا من له دون سبع سنين(٢) وإن كان الجنين مملوكا ففيه عشر قيمة أمه ذكرا كان أوانثى(٣) وان ضرب بطن أمة فعتقت ثم أسقطت الجنين ففيه غرة(٤) وإن كان الجنين محكوما بكفره ففيه عشر دية أمة(٥) وإن كان أحد أبويه كتابيا والآخر مجوسيا اعتبر أكثرهما(٦) وإن سقط الجنين حيا

[فائدة] يشترط فيه اى الجنين أن يكون مصوراً على الصحيح من المذهب صححه فى المغنى والشرح قال الزركشى الولد الذى تجب فيه الغرة هو ما تصير به الامة أم ولد وما لا فلا

(١) قوله « ولا يقبل فى الغرة الخ » أى لأنه حيوان يجب بالشرع فلم يقبل فيه المعيب ومراده بالعيب أن يكون عيباً يرد فى البيع ولا يقبل خصى ونحوه

(٢) قوله « ولا من له دون سبع سنين » هذا المذهب وهو قول أصحاب الشافعى لأنه محتاج الى من يكفله ويحضنه ، وظاهر كلام الخرقى ان سنها غير مقدر وهو قول أبى حنيفة

(٣) قوله « وان كان الجنين مملوكا الخ » هذا المذهب نقله جماعة عن احمد وعليه الأصحاب وهذا قول الحسن وقتادة ومالك والشافعى واسحاق وابن المنذر ونحوه قال الزهرى والنخعى وتعتبر قيمة أمه يوم الجناية عليها وهذا منصوص الشافعى

[تنبيه] ظاهر كلام المصنف انه لايضمن إلا الجنين فقط وهو المذهب وقيل يجب معه ضمان نقصها وولد المدبرة والمكاتبة وام الولد والمعتقة بصفة حكمه حكم ولد الأمة لأنه مملوك ، وجنين المعتق بعضها مثلها فيه من الحرية مثل ما فيها

(٤) قوله « وان ضرب بطن أمة الخ » هذا المذهب واحدى الروايات لأنه كان حراً اعتباراً بحال الاستقرار وعنه حكمه حكم الجنين المملوك اختاره أبو بكر وأبو الخطاب اعتباراً بحال الجناية

(٥) قوله « وان كان الجنين محكوماً الخ » هذا قول الشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى قال ابن المنذر لا أحفظ عن غيرهم خلافهم لأن جنين الحرة المسلمة مضمون بعشر دية أمه فكذلك جنين الكافرة الا أن أصحاب الرأى يرون دية الكافر كدية المسلم فلا يتحقق عندهم بينهما اختلاف

(٦) قوله « وان كان أحد أبويه الخ » أى فيجب دية عشر كتابية على كل حال لأن ولد المسلم من الكافرة يعتبر بأكثرهما دية كذا هينا

ثم مات ففيه دية حر إن كان حرا أو قيمته ان كان مملوكا[1] اذا كان سقوطه لوقت يعيش مثله وهو ان تضعه لستة اشهر فصاعدا والا فحكمه حكم الميت وان اختلفا فى حياته ولا بينة ففى أيهما يقدم قوله ؟ وجهان[2]

فصل

وذكر أصحابنا ان القتل تغلظ ديته بالحرم والاحرام والاشهر الحرم والرحم المحرم فيزاد لكل واحد ثلث الدية فاذا اجتمع الحرمات الاربع

---

(١) قوله « وان سقط الجنين الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ان فى الجنين يسقط حياً من الضرب دية كاملة منهم زيد بن ثابت وعروة والزهرى والشعبي وقتادة وابن شبرمة ومالك والشافعى واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وذلك لأنه مات من جنايته بعد ولادته فى وقت يعيش لمثله فاشبه قتله بعد وضعه فتى علمت حياته وجبت فيه الدية وهذا المذهب وهو مذهب الشافعى . وعن أحمد لا يثبت له حكم الحياة حتى يستهل صارخا وهذا قول الزهرى وقتادة ومالك واسحاق وروى معنى ذلك عن عمر وابن عباس والحسن بن على وجابر بن عبد الله لقوله ﷺ « اذا استهل المولود ورث وورث عنه » ومفهومه انه لا يرث ما لم يستهل والاستهلال الصياح قاله ابن عباس والقاسم والنخعى ، ولنا انه قد علمت حياته فاشبه المستهل والخبر يدل بمعناه وتنبيهه على ثبوت الحكم فى سائر الصور فان شربه اللبن أدل على حياته من صياحه وعطاسه ضرب منه ولا تجب فيه الدية إلا اذا كان سقوطه لستة أشهر فصاعداً فان كان لدون ذلك ففيه الغرة كما لو سقط ميتاً وهذا المذهب وبهذا قال المزنى ، وقال الشافعى فيه دية كاملة لأننا علمنا حياته وقد تلف من جنايته ولنا انه لم تعلم فيه حياة يتصور بقاؤه بها

(٢) قوله « وان اختلفا الخ » أحدهما القول قول الجانى وهو المذهب لأن الأصل براءة ذمته من الدية كاملة

فائدة] فى جنين الدابة ما نقص أمه على الصحيح من المذهب نص عليه

وجب ديتان وثلث[1]. وظاهر كلام الخرقى أنها لا تغلظ بذلك[2] وهو ظاهر الآية والأخبار ، وان قتل المسلم كافراً عمداً أضعفت الدية لإزالة القود كما حكم عثمان بن عفان رضى الله عنه[3]

---

(١) قوله « وذكر أصحابنا الخ » ممن روى عنه التغليظ عثمان وابن عباس والسعيدان وعطاء وطاوس ومجاهد وسليمان بن يسار وجابر بن زيد وقتادة والأوزاعى واسحاق . واختلف القائلون بالتغليظ فقال الاصحاب تغلظ الدية لكل واحد من الحرمات ثلث الدية فاذا اجتمعت الحرمات الثلاث وجب ديتان قال أحمد فى رواية ابن منصور فيمن قتل محرما فى الحرم فى الشهر الحرام فعليه أربعة وعشرون الفاً وهذا قول التابعين والقائلين بالتغليظ قلت وقدمه فى الاقناع الا فى الرحم المحرم فلا تغلظ فيه وقال أصحاب الشافعى صفة التغليظ إيجاب دية العمد فى الخطأ ولا يتصور التغليظ فى غير الخطأ ولا يجمع بين تغليظين وهذا قول مالك الا أنه يغلظ فى العمد فاحتج الأصحاب بما روى ان امرأة وطئت فى الطواف فقضى عثمان رضى الله عنه فيها بستة آلاف والفين تغليظا للحرم وعن ابن عمر انه قال من قتل فى الحرم أو ذا رحم أو فى الشهر الحرام فعليه دية وثلث وعن ابن عباس ان رجلا قتل رجلا فى الشهر الحرام وفى البلد الحرام فقال ديته إثنا عشر الفاً وللشهر الحرام أربعة آلاف وللبلد الحرام أربعة آلاف وهذا مما ظهر وانتشر ولم ينكر فكان اجماعا

(٢) قوله « وظاهر كلام الخرقى الخ » وهذا قول الحسن والشعبى والنخعى وأبى حنيفة وابن المنذر وروى ذلك عن الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز وغيرهم واختاره المصنف والشارح قال ابن رزين وهو أظهر قلت وذكره فى الاقناع بعد الأول وكانه مال اليه وهو ظاهر الآية والاخبار

[تنبيه] يحتمل قوله الحرم ان المراد به حرم مكة فتكون الألف واللام للعهد وهو الصحيح من المذهب . وقيل تغلظ فى حرم المدينة وهو وجه اختاره بعض الأصحاب

(٣) قوله « وان قتل المسلم الخ » وسواء كان كتابياً أو مجوسيا وهذا المذهب نص عليه وعليه جماهير الاصحاب حكم به عثمان رواه أحمد عن عبد الرزاق عن معمر عن الزهرى عن سالم عن أبيه عن عثمان وهو من مفردات المذهب . وذهب جمهور العلماء الى أن دية الذمى فى العمد والخطأ واحد لعموم الأخبار فيها

فصل

وان جنى العبد خطأ فسيده بالخيار بين فدائه بالاقل من قيمته أو أرش جنايته او تسليمه ليباع فى الجناية . وعنه إن أبى تسليمه فعليه فداؤه بأرش الجناية كله . فان سلمه وابى ولى الجناية قبوله وقال بعه أنت فهل يلزمه ذلك ؟ على روايتين[(١)]. وان جنى عمدا فعفا الولى عن القصاص على رقبته فهل يملكه بغير رضا السيد؟ على روايتين[(٢)]. وان جنى على اثنين خطأ اشتركا فيه بالحصص فان عفا أحدهما أو مات المجنى عليه فعفا بعض ورثته فهل يتعلق حق الباقين بجميع العبد أو بحصتهم منه ؟ على وجهين . وان جرح حرا فعفا عنه ثم مات من الجراحة ولا مال له وقيمة العبد عشر ديته واختار السيد فداءه وقلنا يفديه بقيمته صح العفو فى ثلثه وان قلنا يفديه بالدية صح العفو فى خمسة أسداسه وللورثة سدسه لان العفو صح فى شىء من قيمته وله بزيادة الفداء تسعة أشياء بقى للورثة ألف الا عشرة أشياء تعدل شيئين اجبر وقابل يخرج الشىء نصف سدس الدية وللورثة شيئان فتعدل السدس

على قوله «أو تسليمه ليباع فى الجناية» هذا المذهب بلا ريب وعليه الاصحاب وبه قال الثورى ومحمد بن الحسن واسحاق وروى ذلك عن الشعبى وعطاء ومجاهد وعروة والحسن والزهرى وحماد لأنه ان دفع ارش الجناية فهو الذى وجب للمجنى عليه ولم يملك المطالبة بأكثر منه وان سلم العبد فقد أدى المحل الذى تعلق الحق به

(١) قوله «فان سلمه فابى ولى الجناية الخ» إحداهما لا يلزمه فيبيعه الحاكم صححه فى الخلاصة والتصحيح قال فى الانصاف وهو الصواب لأنه اذا سلم العبد فقد أدى المحل الذى تعلق الحق به ولأن حقه لا يتعلق بأكثر من الرقبة وقد اداها

(٢) قوله «وان جنى عمداً الخ» احداهما لا يملكه بغير رضاه وهو المذهب لأنه إذا لم يملكه بالجناية فلأن لا يملكه بالعفو أولى ، والثانية يملكه بغير رضاه جزم به فى المنور

باب ديات الأعضاء ومنافعها

ومن أتلف مافى الانسان منه شيء واحد ففيه الدية وهو الذكر والانف واللسان الناطق ولسان الصبي الذى يحركه بالبكاء (١) . وما فيه منه شيئان ففيهما الدية وفى أحدهما نصفها (٢) كالعينين (٣) والاذنين (٤) والشفتين

---

(١) قوله « من أتلف ما فى الانسان منه شيء واحد الخ » أما الذكر فبالاجماع لما روى عمرو بن حزم ان النبي ﷺ قال وفى الذكر الدية وفى الأنف إذا أوعب جدعا الدية وفى اللسان الدية رواه أحمد والنسائى وظاهره ولو من صغير نص عليه وشيخ وقيد ابن حزم الاجماع بأن ينتشر وهذا إذا أبقى الانثيين سالمتين وكذا الانف فيه الدية كاملة ولو مع عوجه وكذا اللسان الناطق السليم إذا استوعب كله من الحر المسلم اجماعا لما تقدم من الحديث وكذا لسان الصبي الذى يحركه بالبكاء لأن فى إتلافه إذهاب منفعة الجنس ، وظاهره ولو لم يبلغ حد النطق فلو بلغه ولم يتكلم لم تجب فيه الدية كلسان الأخرس ، وان كبر فنطق ببعض الحروف وجب منه بقدر ما ذهب

(٢) قوله « وما فيه منه شيئان الخ » أى لان فى اتلافهما إذهاب منفعة الجنس فكان فيهما الدية وفى أحدهما نصفها وهذه الجملة مذهب الشافعى ولا نعلم فيه مخالفا وقد روى الزهرى عن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده ان رسول الله ﷺ كتب له وكان فى كتابه « وفى الشفتين الدية وفى البيضتين الدية وفى الصلب الدية وفى العينين الدية وفى الرجل الواحدة نصف الدية » رواه أحمد والنسائى ورواه ابن عبد البر وقال كتاب عمرو بن حزم معروف عند العلماء وما فيه متفق عليه إلا قليلا

(٣) قوله « كالعينين » أى اذا أذهبهما من المسلم خطأ ويستوى فيه الصغيرتان والصحيحتان وضدهما فان كان فيهما بياض ينقص البصر نقص من الدية بقدره على الصحيح من المذهب وعنه تجب دية كاملة جزم به فى الترغيب كحولاء وعمشاء مع رد المعيب بهما

(٤) قوله « والأذنين » وفاقا قضى به عمر وعلى وما روى أن أبا بكر قضى فى الأذن بخمسة عشر بعيراً رواه سعيد فمنقطع وذكر ابن المنذر انه لا يثبت وقال فى الوسيلة فى اشراف الأذنين الدية وهو جلد بين العذار والبياض الذى حولها نص عليه وقال فى الواضح فى اصداف الأذنين الدية

واللحيين[١] وثديي المرأة[٢] وثندوتي الرجل[٣] واليدين[٤] والرجلين[٥] والاليتين[٦] والانثيين[٧] واسكتي المرأة[٨] . وعنه في الشفة السفلى ثلثا الدية وفي العليا ثلثها وفي المنخرين ثلثا الدية [٩] وفي الحاجز ثلثها وعنه في المنخرين

---

(١) قوله « واللحيين » وهما العظمان اللذان فيهما الأسنان لأن فيهما نفعا وجمالا وليس في البدن مثلهما

(٢) قوله « وثديي المرأة » أي فيهما الدية وفي أحدهما نصفها بالاجماع

(٣) قوله « وثندوتي الرجل » أي فيهما الدية نص عليه وهو مغرز الثدي والواحدة ثندوة بفتح الثاء بلا همزة ولأنه يحصل بهما الجمال وليس في البدن غيرهما من جنسهما ، وقال النخعي ومالك وأصحاب الرأي وابن المنذر فيهما حكومة وهو ظاهر مذهب الشافعي لانه ذهب بالجمال من غير منفعة

(٤) قوله « واليدين » أي فيهما الدية وفي احداهما نصفها للأخبار حتى يد مرتعش ويد أعسم وهو عوج في الرسغ

(٥) قوله « والرجلين » أي فيهما الدية لما ذكرنا حتى قدم أعرج ، وقال أبو بكر حكومة

(٦) قوله « والإليتين » وهما ما علا وأشرف على الظهر وعن استواء الفخذين وان لم يصل الى العظم ذكره جماعة ونقل ابن منصور فيهما الدية إذا قطعتا حتى يصل الى العظم

(٧) قوله « والانثيين » أي لخبر عمرو بن حزم ، فان رض انثييه أو أشلهما كملت ديتهما كما لو أشل يديه أو ذكره وان قطع احداهما فذهب النسل لم يجب أكثر من نصف الدية

(٨) قوله « وإسكتي المرأة » بكسر الهمزة وفتحها وهما شفراها لأن فيهما منفعة وجمالا وليس في البدن غيرهما من جنسهما

(٩) قوله « وفي المنخرين ثلثا الدية » هذا المذهب وبه قال اسحاق وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لان المارن شمل ثلاثة أشياء منخران وحاجز فوجب توزيع الدية على عددها كسائر ما فيه عدد من الاصابع

الدية وفى الحاجز حكومة[1] وفى الاجفان الاربعة الدية وفى كل واحد ربعها[2] وفى أصابع اليدين الدية وفى أصابع الرجلين الدية وفى كل إصبع عشرها[3] وفى كل أنملة ثلث عقلها[4] الا الابهام فانهامفصلان ففى كل مفصل نصف عقلها وفى الظفر خمس دية الاصبع[5] وفى كل سن خمس من الابل إذا قلعت ممن قد ثغر والاضراس والأنياب كالاسنان[6] ويحتمل أن

---

(١) قوله «وعنه فى المنخرين الخ» وهو الوجه الثانى لأصحاب الشافعى لأن المنخرين ليس فى البدن لهما ثالث والأول أظهر، فلو قطع احد المنخرين ونصف الحاجز وجب نصف الدية، وان شق الحاجز بينهما ففيه حكومة، وان بقى منفرجا فالحكومة فيه أكثر

(٢) قوله «وفى الأجفان الخ» وعلى هذا الأئمة لأنها أعضاء فيها جمال ظاهر ونفع كامل فانها تكن العين وتحفظها من الحر والبرد. وتجب فى أجفان عين الأعمى لأن ذهاب البصر عيب غير الأجفان

(٣) قوله «وفى أصابع اليدين الخ» أى اذا كانت سليمة، لما روى الترمذى وصححه عن ابن عباس مرفوعا «دية أصابع اليدين والرجلين عشر من الابل لكل اصبع» وفى البخارى عنه مرفوعا قال «هذه وهذه سواء» يعنى الخنصر والابهام

(٤) قوله «وفى كل أنملة الخ» أى لأن فى كل إصبع ثلاث أنامل فتقسم دية الأصابع عليها كما قسمت دية اليد على الأصابع بالسوية

(٥) قوله «وفى الظفر الخ» وهو بعيران وهذا بلا نزاع وهو من مفردات المذهب وسواء كانت من يد او رجل إذا لم تعد نص عليه لقول زيد رواه ابن عباس قال الشارح والتقديرات يرجع فيها الى التوقيف فان لم يكن فيها توقيف فالقياس ان فيه حكومة كسائر الجراح

(٦) قوله «وفى كل سن الخ» لا نعلم خلافاً فى أن دية الأسنان خمس خمس فى كل سن وقد روى ذلك عن عمر بن الخطاب وابن عباس ومعاوية وسعيد بن المسيب وعروة وعطاء وطاوس والزهرى وقتادة ومالك والثورى والشافعى واسحاق وأبى حنيفة وفى كتاب عمرو بن حزم عن النبى ﷺ فى السن خمس من الابل رواه النسائى وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى ﷺ قال فى

يجب فى جميعها دية واحدة. وتجب دية اليد والرجل فى قطعهما من الكوع والكعب فان قطعهما من فوق ذلك لم يزد على الدية فى ظاهر كلامه[1] وقال القاضى فى الزائد حكومة وفى مارن الانف وحشفة الذكر وحلمتى الثديين وكسر ظاهر السن دية العضو كاملة[2]، ويحتمل أن يلزم من استوعب الانف

= الأسنان خمس خمس رواه أبو داود وأما الأضراس فأكثر أهل العلم انها مثل الأسنان منهم عروة وطاوس وقتادة والزهرى ومالك والثورى والشافعى واسحاق وأبوحنيفة وروى ذلك عن ابن عباس ومعاوية لما روى أبو داود عن ابن عباس ان النبى ﷺ قال الأصابع سواء والاسنان سواء الثنية والضرس هذه وهذه سواء وهذا نص لا يعدل عنه. وقوله فى الأحاديث المتقدمة فى الأسنان خمس خمس ولم يفصل وانما تجب الدية إذا قلعت ممن قد ثغر بضم الثاء أى إذا سقطت رواضعه فاما سن الصبى الذى لم يثغر فلا يجب بقعها فى الحال شىء هذا قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه مخالفاً وذلك لأن العادة عود سنه فلم يجب فيها فى الحال شىء كنتف شعره لكن ينتظر عودها فان مضت مدة ييئس من عودها وجبت ديتها فان عاد مكانها أخرى لم يجب فيها شىء لكن ان عادت قصيرة أو مشوهة ففيها حكومة لان الظاهر ان ذلك بسبب الجناية عليها

(١) قوله «وتجب دية اليد الخ» أجمع أهل العلم على وجوب الدية فى اليدين والرجلين ووجوب نصفها فى إحداهما وقد روى عن معاذ بن جبل أن النبى ﷺ قال فى اليدين الدية وفى الرجلين الدية وفى كتاب النبى ﷺ لعمرو بن حزم وفى اليد خمسون من الابل. واليد التى تجب فيها الدية من الكوع لان اسم اليد عند الاطلاق ينصرف اليها لأن الله تعالى أمر بقطع يد السارق والسارقة وكان الواجب قطعها من الكوع فان قطع يده من فوق الكوع بأن قطعها من المرفق أو نصف الساعد فليس عليه إلا دية واحدة نص عليه وهو المذهب وهذا قول عطاء وقتادة وابن أبى ليلى ومالك وهو قول بعض أصحاب الشافعى وظاهر مذهبه عند أصحابه أنه يجب مع دية اليد حكومة لما زاد لأن اسم اليد لها إلى الكوع. ولنا ان اليد اسم للجميع بدليل قوله «وأيديكم الى المرافق»

(٢) قوله «وفى مارن الأنف الخ» فى الأنف الدية اذا قطع مارنه بغير خلاف نعلمه منهم حكاه ابن المنذر وابن عبد البر لان فى كتاب عمرو بن حزم عنه =

جدعا دية وحكومة فى القصبة [١] وفى قطع بعض المارن والاذن والحلمة واللسان والشفة والحشفة والانملة والسن وشق الحشفة طولا بالحساب من ديته يقدر بالاجزاء[٢]، وفى شلل العضو او ذهاب نفعه والجناية على الشفتين بحيث لا ينطبقان على الاسنان[٣] وتسويد السن والظفر بحيث لا يزول ديته[٤]،

= صلى الله عليه وسلم وفى الانف اذا أوعب جدعا الدية وفى رواية مالك فى الموطأ اذا أوعى جدعا يعنى استوعب وكذلك حشفة الذكر لأن منفعته تكمل بالحشفة كما تكمل منافع اليد بالاصابع وهذا قول جماعة أهل العلم ولا نعلم فيه مخالفاً وكذلك حلمة الثديين فيهما الدية نص عليه يروى هذا عن الشعبي والنخعي والشافعي وقال مالك والثوري ان ذهب اللبن وجبت ديتهما والا وجبت حكومة بقدر شينه ونحوه قال قتادة إذا ذهب الرضاع بقطعهما ولنا انه ذهب منهما ما تذهب المنفعة بذهابه فوجبت ديتهما كالأصابع مع الكف وبيان ذهاب المنفعة أن بهما يشرب الصبي وان حصل مع قطع الثديين جائفة وجب فيها ثلث الدية مع ديتهما وان ضربهما فأشلهما ففيهما الدية وان جنى عليهما من صغيرة ثم ولدت ولم ينزل لها لبن سئل أهل الخبرة فان قالوا ان الجناية سبب قطع اللبن فعليه ما على من ذهب باللبن بعد وجوده وان قالوا انقطع بغير الجناية لم يجب عليه شيء ، وكذلك كسر ظاهر السن وهو ما ظهر من اللثة لأن ذلك هو المسمى سناً

(١) قوله « ويحتمل ان يلزم الخ » هذا مذهب الشافعي

(٢) قوله « وفى قطع بعض المارن الخ » فيقدر بالأجزاء كالثلث والربع ثم يؤخذ مثله من الدية لأن ما وجبت الدية فى جميعه وجبت فى بعضه

(٣) قوله « وفى شلل العضو الخ » وهذا المذهب لأنه عطل نفعهما فأشبه مالو أشل يده وكذلك ان استرختا فصارتا لا ينفصلان عن الأسنان لأنه أذهب جمالها وكذلك الحكم لو أشل ذكره أو أنثييه أو لسانه أو أسكتي المرأة ففي الجميع الدية وكذلك الأصابع

(٤) قوله « وفى تسويد السن الخ » إذا اسود الظفر بحيث لا تزول وجبت ديته قال فى الانصاف بلا خلاف أعلمه ، وان اسود السن بحيث لا يزول سواده فالصحيح من المذهب ان فيه ديته ويروى عن زيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وشريح والزهري والنخعي ومالك والليث والثوري =

وعنه فى تسويد السن ثلث ديتها وقال ابو بكر فيها حكومة . وفى العضو الاشل من اليد والرجل والذكر والثدى ولسان الاخرس والعين القائمة وشحمة الاذن وذكر الخصى والعنين والسن السوداء والثدى دون حلمته والذكر دون حشفته وقصبة الانف واليد والاصبع الزائدتين حكومة[1] وعنه ثلث ديته وعنه فى ذكر الخصى والعنين كمال ديته[2] فلو قطع الانثيين والذكر

= وأصحاب الرأى وهو أحد قولى الشافعى وعن أحمد انه إذا أذهب منفعتها من المضغ عليها ونحوه ففيه ديتها وان لم يذهب نفعها ففيها حكومة وهذا قول القاضى . والقول الثانى للشافعى وهو المختار عند أصحابه قال الشارح وهو أقيس قال فى الانصاف وهو الصواب لأنه لم يذهب نفعها فأما ان اصفرت أو احمرت لم تكمل ديتها لأنه لم يذهب الجمال على الكمال وان اخضرت ففيها أيضاً حكومة على الصحيح من المذهب

(١) قوله « وفى العضو الأشل الخ » وهذا المذهب فى ذلك كله وعليه أكثر الأصحاب لأنه لايمكن ايجاب دية كاملة لكونها قد ذهبت منفعتها ولامقدر فيها فتجب الحكومة كاليد الزائدة . واليد الشلاء هى اليابسة التى ذهب منها منفعة البطش وكذلك الرجل مثلها فى الحكم والعين القائمة هى التى ذهب بصرها وصورتها باقية كصورة الصحيحة وعنه يجب فى ذلك كله ثلث دية كل عضو من ذلك لما روى النسائى ورجاله ثقات عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قضى رسول الله ﷺ فى العين القائمة السادة لمكانها ثلث الدية وفى اليد الشلاء إذا قطعت ثلث ديتها وفى السن السوداء اذا قلعت ثلث ديتها وأخرجه أبو داود فى العين وحدها وهو قول عمر رواه سعيد . قلت وما ورد فى الحديث يجب العمل به والمصير اليه ولا يلتفت إلى قول من خالفه

(٢) قوله « وعنه فى ذكر الخصى الخ » أما ذكر العنين فأكثر أهل العلم على وجوب الدية فيه لأن فى كتاب النبى ﷺ لعمرو بن حزم وفى الذكر الدية ولأنه غير مأيوس من جماعه وهوعضو سليم فى نفسه فكملت ديته كذكر الشيخ والرواية الثانية لا تكمل ديته وهو قول قتادة لأن منفعته الانزال والاحبال والجماع وقد عدم ذلك وهذا المذهب وهو من مفرداته قال فى الانصاف ومال المصنف والشارح الى وجوب الدية فى ذكر العنين قلت وهو الصواب انتهى واختلفت الرواية فى =

معا او الذكر ثم الانثيين لزمه ديتان (١) ولو قطع الانثيين ثم قطع الذكر وجبت دية الانثيين وفى الذكر روايتان إحداهما دية والاخرى حكومة وثلث الدية (٢) وان أشل الانف او الأذن أو عوجهما ففيه حكومة(٣) وفى قطع الاشل منهما كمال ديته(٤) . وتجب الدية فى أنف الاخشم والمخزوم

= ذكر الخصى فعنه فيه دية كاملة وهو قول عمر بن عبد العزيز والشافعى وابن المنذر للخبر ولأن منفعة الذكر الجماع وهو باق فيه والثانية لا تجب فيه وهو قول مالك والثورى وأصحاب الرأى وهو المذهب وبه قال قتادة واسحاق لما ذكرنا فى ذكر العنين

[فائدة] فى اليد والرجل والاصبع والسن الزوائد حكومة واختلفت الرواية فى قطع الذكر دون حشفته وعلى قياسه الثدى دون حلمته وقطع الكف بعد أصابعه فعنه فى ذلك كله حكومة وهو الصحيح من المذهب لعدم التقــدير فيه والرواية الثانية فيه ثلث ديته

(١) قوله « فلو قطع الأنثيين الخ » أى لأن كل واحد منهما لو انفرد لوجب فى قطعه الدية فكذا إذا اجتمع

(٢) قوله « ولو قطع الانثيين الخ » احداهما دية لقوله عليه الصلاة والسلام وفى الذكر الدية والأخرى حكومة وهى المذهب أو ثلث الدية لأنه ذكر خصى

[فائدة] إذا قطع نصف الذكر طولا فقال أصحابنا يجب نصف الدية ونصر فى المغنى والشرح ان الدية تجب كاملة لأنه ذهب منفعة الجماع به أشبه ما لو أشله ، وان قطع منه قطعة مما دون الحشفة وخرج البول على عادته وجب بقدر القطعة من جميع الذكر من الدية ، وان خرج من موضع القطع وجب الأكثر من الدية أو الحكومة

(٣) قوله « وان أشل الأنف الخ » وهذا المذهب لأن نفع الأنف والأذن باق مع الشلل بخلاف اليد فان نفعها قد زال وانما قلنا ببقاء نفع الأذن كونها تجمع الصوت وتمنع دخول الهوام فى الصماخ وهذا باق مع الشلل وكذلك الأنف فنفعه جميع الرائحة ومنع وصول شىء إلى دماغه

(٤) قوله « وفى قطع الأشل الخ » أى فيه الدية كاملة وهذا المذهب لأنه قطع أذنا فيها جمال ونفعها كالصحيحة وكما لو قلع عيناً عمشاء أو حولاء والأنف مثلها

وأذنى الاصم[١] وإن قطع أنفه فذهب شمه او أذنيه فذهب سمعه وجبت ديتان[٢] وسائر الاعضاء إذا أذهبها بنفعها لم تجب الا دية واحدة

فصل فى دية المنافع

وفى كل حاسة دية كاملة[٣] وهى السمع والبصر[٤] والشم[٥] والذوق[٦]

---

(١) قوله « وتجب الدية فى أنف الأخشم الخ » وهـذا المذهب لأن أنف الأخشم لا عيب فيه وانما العيب فى غيره ، وأما المخروم فأنفه كامل غير أنه معيب فاشبه العضو المريض ، وكذلك أذن الأصم لأن الصمم نقص فى غير الأذن وهذا قول الشافعى ولا نعلم فيه مخالفاً

(٢) قوله « وان قطع أنفه الخ » قطع به فى المغنى والشرح وشرح ابن منجا والوجيز وغيرهم من الأصحاب قال فى الانصاف ولا أعلم فيه خلافاً وفرقوا بينهما بفروق جيدة منها ان تفويت منافع سائر الأعضاء وقع ضمناً للعضو والفائت ضمناً لا شىءفيه دليله القتل فانه يوجب دية واحدة وان أتلف أشياء يجب لكل واحد منها الدية بخلاف منفعة الأنف اولأذن اذا ذهبا بقطعالأنف والأذن لأن كل واحد من المنفعتين فى غير الأنف والأذن فذهاب أحـدهما مع الآخر ذهاب لما ليس أحدهما تبعاً للآخر

(٣) قوله « وفى كل حاسة دية كاملة الخ » لا خلاف فى وجوب الدية بذهاب السمع قال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على ان فى السمع الدية روى ذلك عن عمر وبه قال مجاهد وقتادة والثورى والأوزاعى وأهل الشام وأهل العراق ومالك والشافعى وابن المنذر ولا أعلم عن غيرهم خلافهم ، وقد روى ان النبى ﷺ قال وفى السمع الدية ، وروى المهلب عن أبى قلابة ان رجلا رمى رجلا بحجر فى رأسه فذهب سمعه وعقله ولسانه ونكاحه فقضى فيه عمر بأربع ديات والرجل حى

(٤) قوله « وفى البصر الدية » أى من العينين البصيرتين اجماعا

(٥) قوله « وفى الشم الدية » أى لأنه حاسة تختص بمنفعة فكان فى ذهابها الدية كسائر الحواس ولا نعلم فى هذا خلافاً ، وفى كتاب عمرو بن حزم عن النبى ﷺ انه قال وفى المشام الدية

(٦) قوله « وفى الذوق الدية » وهذا الصحيح من المذهب لأن الذوق حاسة =

وكذلك تجب فى الـكلام[١] والعقل[٢] والمشى[٣] والأكل[٤] والنكاح[٥]
وتجب فى الحدب[٦]

=أشبه الشم وقيل فيه حكومة واختاره المصنف فى المغنى قال الشارح وقياس المذهب انه لا دية فيه فانه لا يختلف فى أن لسان الأخرس لا دية فيه وقد نص أحمد على ان فيه ثلث الدية ولو وجب فى الذوق دية لوجبت فى ذهابه مع ذهاب اللسان بطريق الأولى

(١) قوله « وكذلك الـكلام » أى اذا جنى عليه فخرس وجبت ديته لأن كل ما تعلقت الدية باتلافه تعلقت باتلاف منفعته كاليد

(٢) قوله « والعقل » أى تجب فيه الدية ولا نعلم فيه خلافاً وفى كتاب النبى ﷺ لعمرو بن حزم وفى العقل الدية ولأنه أكثر المعانى قدراً واعظمها نفعاً فانه يتميز به عن البهيمة ويعرف به صحة حقائق المعلومات ويهتدى به الى المصالح إلى غير ذلك فان نقص نقصاً معلوما وجب بقدره وان لم يعرف قدره فحكومة وان أذهبه بجناية توجب ارشاً كالموضحة وجبت الدية وارش الجراح ولا يدخل ارش الجناية المذهبة له فى ديته نص عليه كما لو أوضحه فذهب بصره وبهذا قال مالك والشافعى فى الجديد وقال أبو حنيفة والشافعى فى القديم يدخل الأقل منهما فى الأكثر

[فائدة] إذا جنى عليه فأذهب عقله وشمه وبصره وكلامه وجب أربع ديات مع ارش الجرح ، قال أبو قلابة رمى رجل رجلا بحجر فذهب عقله وسمعه وبصره ولسانه فقضى عليه عمر باربع ديات وهو حى ، فان مات من الجناية لم يجب الادية واحدة لأن ديات المنافع كلها تدخل تبعاً فى دية النفس كديات الأعضاء

(٣) قوله « والمشى » أى لأن منفعته مقصودة أشبه الـكلام

(٤) قوله « والأكل » أى لأنه نفع مقصود كالشم

(٥) قوله « والنكاح » أى اذا كسر صلبه فذهب نكاحه ففيه الدية روى عن على

(٦) قوله « وتجب فى الحدب » أى الدية كاملة وهـذا المذهب لأن بذلك تذهب المنفعة والجمال قال فى الفصول أطلق الامام أحمد فى الحدب الدية ولم يفصل وهذا محمول على انه يمنعه من المشى وأجراه فى الهداية والمذهب والمستوعب على=

والصعر[١] وهو ان يضربه فيصير الوجه فى جانب ، وفى تسويد الوجه اذا لم يزل[٢] واذا لم يستمسك الغائط أو البول ففى كل واحد من ذلك دية كاملة[٣] وفى نقص شىء من ذلك إن علم بقدره مثل نقص العقل بأن يجن يوما ويفيق يوما أو ذهاب بصر احدى العينين او سمع احدى الاذنين وفى بعض الكلام بالحساب يقسم على ثمانية وعشرين حرفا[٤] ويحتمل أن يقسم على الحروف التى للسان فيها عمل دون الشفوية كالباء والفاء والميم وان لم يعلم

= ظاهره فقالوا يجب فى الحدب الدية وكذا المصنف هنا وغيره وجزم بوجوب الدية فيه فى المحرر والشرح والوجيز وغيرهم وقال القاضى وغيره لا تجب فيه الدية قال ابن الجوزى وهذا ظاهر المذهب

(١) قوله « وتجب فى الصعر الخ » هذا المذهب نص عليه وعليه الأصحاب وهو قول زيد رواه مكحول ، وقال الشافعى ليس فيه الاحكومة لأنه إذهاب جمال من غير منفعة ، ولنا قول زيد ولم يعرف له فى الصحابة مخالف فكان إجماعا

(٢) قوله « وفى تسويد الوجه الخ » وهذا بلا نزاع لأنه فوت الجمال على الكمال وقال الشافعى فيه حكومة

(٣) قوله « واذا لم يستمسك الخ » يعنى اذا ضربه ففى كل واحد من ذلك الدية وهو المذهب وبه قال ابن جريج وأبو ثور وأبو حنيفة ولا نعلم فيه مخالفاً لأن كل واحد من هذين المحلين عضو فيه منفعة كبيرة ليس فى البدن مثلهما فان نفع المثانة حبس البول وحبس البطن الغائط والضرر بفواتهما عظيم فان فاتت المنفعتان بجناية واحدة وجب ديتان

[فائدة] تجب الدية فى إذهاب منفعة الصوت وكذا فى ذهاب منفعة إذهاب البطش وقال فى الفنون لو سقاه ذرق الحمام فذهب صوته لزمه حكومة فى إذهاب الصوت

(٤) قوله « وفى بعض الكلام الخ » وهذا المذهب سوى « لا » فان مخرجها مخرج اللام والألف فمهما نقص من الحروف نقص من الدية بقدره لأن الكلام يتم بجميعها فالذاهب يجب ان يكون عوضه من الدية كقدره من الكلام ففى الحرف الواحد ربع سبع الدية وفى الحرفين نصف سبعها ولا فرق بين ما خف على اللسان أو ثقل

قدره مثل أن صار مدهوشا أو نقص سمعه أو بصره أو شمه أو حصل تمتمة او عجلة او نقص مشيه أو انحنى قليلا او تقلست شفته بعض التقليس اوتحركت سنه او ذهب اللبن من ثدى المرأة ونحو ذلك ففيه حكومة (١) . وإن قطع بعض اللسان فذهب بعض الكلام اعتبر أكثرهما فلو ذهب ربع اللسان ونصف الكلام أو ربع الكلام ونصف اللسان وجب نصف الدية (٢) فان قطع ربع اللسان فذهب نصف الكلام ثم قطع آخر بقيته فعلى الأول نصف الدية وعلى الثانى نصفها (٣) ويحتمل ان يجب عليه نصف الدية وحكومة لربع اللسان (٤) وان قطع لسانه فذهب نطقه وذوقه لم يجب الا دية (٥) ، وإن ذهبا مع بقاء اللسان ففيه ديتان (٦) . وإن كسر صلبه فذهب مشيه ونكاحه ففيه

---

(١) قوله « وان لم يعلم قدره الخ » وهذا المذهب فى ذلك كله فتجب الحكومة لما حصل من النقص والشين ولم تجب الدية لأن المنفعة باقية وقيل ان ذهب اللبن ففيه الدية

(٢) قوله « فلو ذهب ربع اللسان الخ » هذا بلا نزاع لأن كل واحد منهما مضمون بالدية منفرداً فاذا انفرد نصفه بالذهاب وجب النصف

(٣) قوله « فان قطع ربع اللسان الخ » وهذا أحد الوجوه اختاره القاضى قال ابن منجا فى شرحه هذا المذهب لان الأول أذهب بجنايته نصف الكلام وعلى الثانى نصفها لأن السالم نصف اللسان وباقيه أشل بدليل ذهاب نصف الكلام

(٤) قوله « ويحتمل الخ » وهذا المذهب لانه لو كان جميعه أشل كان فيه حكومة فكذا فى بعضه

على قوله « ويحتمل أن يجب عليه » * أى على الثانى

(٥) قوله « وان قطع لسانه الخ » هذا المذهب وعليه الاصحاب لانهما ذهبا تبعاً فوجب ديته دون ديتهما كما لو قتل إنساناً

(٦) قوله « وان ذهبا مع بقاء اللسان الخ » وهذا المذهب وعليه الاصحاب كما لو ذهبت منافع الانسان مع بقائه فعلى هذا فى كل منفعة دية ، وعنه تجب دية واحدة

ديتان[١] ويحتمل ان تجب دية واحدة[٢] وان اختلفا فى نقص بصره أو سمعه فالقول قول المجنى عليه وإذا اختلفا فى ذهاب بصره أرى أهل الخبرة وقرب الشيء الى عينه فى وقت غفلته . وإن اختلفا فى ذهاب سمعه أو شمه أو ذوقه صيح به فى أوقات غفلته وتتبع بالرائحة المنتنة واطعم الأشياء المرة فانفزع مما يدنو من بصره او انزعج للصوت أو عبس للرائحة اوالطعم المرسقطت دعواه والا فالقول قوله مع يمينه

فصل

ولا تجب دية الجرح حتى يندمل[٣] ولا تجب دية سن ولا ظفر ولا منفعة حتى ييئس من عودها[٤] ولو قلع سن كبير او ظفر ثم نبت[٥] أو رده فالتحم

[فائدة] لا يدخل ارش جناية أذهبت عقله فى ديته على الصحيح من المذهب نص عليه وقيل تدخل

(١) قوله « وان كسر صلبه الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الاصحاب لان فى كل منهما دية منفردة فكذا إذا اجتمعا

(٢) قوله « ويحتمل الخ » هذا رواية لانهما منفعة عضو كبقية الاعضاء الذاهبة بنفعها فلو ضعف المشى أو الجماع فحكومة

(٣) قوله « ولا تجب دية الجرح الخ » هذا المذهب لانه لا يدرى أقتل هو أم ليس بقتل فينتظر ليعلم حكمه وما الواجب ولهذا لا يجوز الاستيفاء فى العمد قبل الاندمال فكذا فى الخطأ

(٤) قوله « ولا دية سن الخ » وهذا المذهب لانه مما يحتمل العود فلا يجب شيء مع الاحتمال فعلى المذهب لو مات فى المدة فلوليه دية سن وظفر على الصحيح من المذهب وقيل هدر كما لو لم ينبت شيء فيه

(٥) قوله « فلو قطع سن كبير الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب ونص عليه فى السن وقال القاضى تجب ديتها وهو مذهب الشافعى وتقدم ذلك فيما يوجب القصاص فيما دون النفس فى الفصل الرابع فعلى المذهب يجب عليه حكومة لنقصها ان نقصت وضعفها ان ضعفت وان قلعها قالع بعد ذلك وجبت ديتها على الصحيح من المذهب

أوذهب سمعه او بصره أو شمه او ذوقه اوعقله ثم عاد سقطت ديته[1] وان كان قد أخذها ردها . وإن عاد ناقصا أو عادت السن او الظفر قصيرا أو متغيرا فعليه أرش نقصه ، وعنه فى قطع الظفر اذا نبت على صفته خمسة دنانير وإن نبت أسود ففيه عشرة ، وإن قلع سن صغير ويئس من عودها وجبت ديتها وقال القاضى فيها حكومة . وإن مات المجنى عليه فادعى الجانى عود ما أذهبه فأنكره الولى فالقول قول الولى . وان جنى على سنه اثنان واختلفا فالقول قول المجنى عليه فى قدر ما أتلف كل واحد منهما

فصل

وفى كل واحد من الشعور الأربعة الدية وهى شعر الرأس واللحية والحاجبين واهداب العينين[2] وفى كل حاجب نصفها وفى كل هدب ربعها[3] وفى

---

(١) قوله « أو رده فالتحم » يعنى الظفر « سقطت ديته » هذا المذهب وقال القاضى تجب ديتها وهو مذهب الشافعى

[فائدة] لو التحمت الجائفة أو الموضحة وما فوقها على غير شين لم يسقط موجبها رواية واحدة قاله فى المحرر وغيره

(٢) قوله « وفى كل واحد من الشعور الأربعة الدية الخ » وهذا المذهب نص عليه وعليه الأصحاب وبه قال أبو حنيفة والثورى ، وممن أوجب فى الحاجبين الدية سعيد بن المسيب وشريح والحسن وقتادة ، وروى عن على وزيد بن ثابت رضى الله عنهما أنهما قالا فى الشعر الدية وقال مالك والشافعى فيه حكومة واختاره إبن المنذر لأنه اتلاف جمال من غير منفعة فلم تجب فيه الدية كاليد الشلاء والعين القائمة. ولنا أنه أذهب الجمال على الكمال فوجب فيه دية كاملة كأذن الأصم وأنف الأخشم وقولهم لامنفعة فيه ممنوع فان الحاجب يرد العرق عن العين ويفرقه وعن أحمد فى كل شعر من ذلك حكومة كالشارب نص عليه

[فائدة] لا قصاص فى ذلك لعدم إمكان المساواة

(٣) قوله « وفى كل حاجب نصفها الخ » فى أحد الحاجبين نصف الدية لأن كل شيئين فيهما الدية فى أحدهما نصفها كاليدين ، وفى كل هدب ربعها لأن الدية إذا وجبت فى أربعة أشياء وجب فى كل واحد ربعها كالأجفان

بعض ذلك بقسطه من الدية [١] وانما تجب ديته إذا ازاله على وجه لا يعود فان عاد سقطت الدية وان أبقى من لحيته مالا جمال فيه احتمل أن يلزمه بقسطه واحتمل أن يلزمه كمال الدية [٢] وإن قلع الجفن بهدبه لم يجب الا دية الجفن [٣] وإن قلع اللحيين بما عليهما من الاسنان فعليه ديتهما ودية الاسنان [٤] وإن قطع كفا بأصابعه لم يجب الا دية الاصابع وإن قطع كفا عليه بعض الاصابع دخل ما حاذى الاصابع فى ديتها وعليه أرش باقى الكف [٥] وإن قطع أنملة بظفرها فليس عليه الا ديتها

---

(١) قوله « وفى بعض ذلك الخ » أى يقدر بالمساحة كالأذنين ومارن الأنف ، ولا فرق بين هذه الشعور فى كونها كثيفة أو خفيفة جميلة أو قبيحة أو كونها من صغير أوكبير لأن سائر ما فيه الدية من الاعضاء لا يفترق الحال فيه بذلك

(٢) قوله « وان أبقى من لحيته الخ » المذهب يلزمه كمال الدية واليه مال المصنف والشارح فى بحثهما لأنه أذهب المقصود كله فاشبه ما لو أذهب ضوء العينين ولان جنايته ربما احوجت إلى إذهاب الباقى لزيادته فى القبح على ذهاب الكل فتكون جنايته سبباً لذهاب الكل . والوجه الثانى يؤخذ بالقسط لأنه محل يجب فى بعضه بحصته فاشبه الاذن والانف

(٣) قوله « وان قلع الجفن الخ » أى لان الشعر يزول تبعاً لزوال الاجفان فلم يجب فيه شىء

(٤) قوله « وان قلع اللحيين الخ » أى عليه دية الكل ولم تدخل دية الاسنان فى اللحيين كما تدخل دية الاصابع فى اليد لوجوه : أحدها ان الاسنان ليست متصلة باللحيين وانما هى مغرزة فيها بخلاف الاصابع . الثانى ان أحدهما ينفرد باسمه عن الآخر بخلاف الاصابع مع الكف فان اسم اليد يشملها . الثالث ان اللحيين يؤخذان منفردين عن الاسنان فانهما يوجدان قبل وجود الاسنان ويبقيان بعد قلعهما بخلاف الكف مع الاصابع

(٥) قوله « وان قطع كفاً عليه بعض الخ » هذا المذهب لان الاصابع لو كانت سالمة كلها لدخل ارش الكف كله فى دية الاصابع فكذلك ما حاذى الاصابع السالمة يدخل فى ديتها وما حاذى المقطوعات ليس له ما يدخل فى ديته فوجب ارشه كما لو كانت الاصابع كلها مقطوعة

فصل

وفى عين الاعور دية كاملة نص عليه(١) وإن قلع الاعور عين صحيح مماثلة لعينه الصحيحة عمدا فعليه دية كاملة ولا قصاص(٢) ويحتمل ان تقلع عينه ويعطى نصف الدية وإن قلعها خطأ فعليه نصف الدية . وإن قلع عيني صحيح عمدا خير بين قلع عينه ولا شيء له غيرها وبين الدية(٣) وفى يد الاقطع نصف

---

(١) قوله « وفى عين الاعور الخ » وهذا المذهب وعليه الاصحاب وبه قال الزهرى ومالك والليث وقتادة وإسحاق وقال مسروق وعبد الله بن مغفل والنخعى والثورى وأبو حنيفة والشافعى فيها نصف الدية لقوله عليه الصلاة والسلام وفى العين خمسون من الابل وقال ﷺ وفى العينين الدية يقتضى أن لا يجب فيها أكثر من ذلك سواء قلعها واحد أو اثنان فى وقت واحد أو فى وقتين ولان ما يضمن بنصف الدية مع نظيره ضمن به مع ذهابه ولنا أن عمر وعثمان وعلياً وابن عمر رضى الله عنهم قضوا فى عين الاعور بالدية ولا نعلم لهم مخالفاً فى الصحابة فيكون إجماعا ولان قلع عين الاعور يتضمن إذهاب البصر كله فوجبت الدية كما لو أذهبه من العينين ودليل ذلك أنه يحصل بها ما يحصل من العينين فانه يرى الاشياء البعيدة ويدرك الاشياء اللطيفة ويعمل أعمال البصر أو يجوز أن يكون قاضيا وتجزىء فى الكفارة والأضحية إذا لم تكن العين مخسوفة قال الشارح ولولا ما روى عن الصحابة لكان القول الآخر أولى لظاهر النص والقياس على ذهاب سمع إحدى الأذنين وما ذكر من المعانى موجود فيها

(٢) قوله « وان قلع الأعور الخ » اذا قلع الأعور عين صحيح نظرنا فان قلع العين التى لا تماثل عينه الصحيحة أو قلع المماثلة خطأ فليس عليه إلا نصف الدية لا نعلم فيه خلافا لأن ذلك هو الأصل وان قلع المماثلة عمداً فلا قصاص وعليه دية كاملة وهذا المذهب وهو من مفرداته وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء ومالك فى إحدى روايتيه وقال فى الأخرى عليه نصف الدية ولا قصاص وقال المخالفون فى المسئله الأولى له القصاص لعمومات النص . ولنا ان عمر وعثمان رضى الله عنهما قضيا بمثل مذهبنا ولا نعرف لهم مخالفا فى الصحابة فكان إجماعا

(٣) قوله « وان قلع عيني صحيح الخ » وهذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب وأكثر أهل العلم على ان له القصاص ونصف الدية للعين الأخرى قال الشارح وهذا مقتضى الدليل

الدية[١] وكذلك فى رجله وعنه فيها دية كاملة

باب الشجاج وكسر العظام

الشجة اسم لجرح الرأس والوجه خاصة وهى عشر: خمس لا مقدر فيها أولها الحارصة التى تحرص الجلد أى تشقه قليلا ولا تدميه ثم البازلة التى يسيل منها الدم ثم الباضعة التى تبضع اللحم ثم المتلاحمة التى أخذت فى اللحم ثم السمحاق التى بينها وبين العظم قشرة رقيقة فهذه الخمس فيها حكومة[٢] فى ظاهر المذهب. وعنه فى البازلة بعير وفى الباضعة بعيران وفى المتلاحمة ثلاثة وفى السمحاق أربعة[٣]

---

(١) قوله « وفى يد الاقطع الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب . وان اختار القصاص فله ذلك لانه عضو أمكن القصاص فى مثله فكان الواجب فيه القصاص أو دية مثله وعنه فيها دية كاملة

(٢) قوله « فهذه الخمس لا مقدر فيها » هذا المذهب وعليه الاصحاب وهو قول أكثر الفقهاء لأنها جراحات لم يرد فيها تقدير من الشرع أشبه جراحات البدن . وذكر القاضى أنه متى أمكن اعتبار هذه الجراحات من الموضحة مثل أن يكون فى رأس المجنى عليه موضحة إلى جانبها قدرت هذه الجراحات منها فان كانت تقدر بالنصف وجب نصف ارش الموضحة وان كانت بقدر الثلث وجب ثلث الارش وعلى هذا الا أن تزيد الحكومة على قدر ذلك فيوجب ما تخرجه الحكومة وهذا مذهب الشافعى

على قوله « ثم البازلة » . وتسمى الدامية والدامغة

(٣) قوله « وعنه فى البازلة الخ » رواه سعيد عن زيد وهذه نقلها أبو طالب عنه وقال أنا أذهب إلى قول زيد واختاره أبو بكر فى التنبيه وقد اعتمد أصحابنا قول زيد وفى تقدير ارش الهاشمة بعشر من الابل ولم يعتمدوا عليه هنا وروى عن على رضى الله عنه فى السمحاق مثل ذلك رواه سعيد وعن عمر وعثمان فيها نصف ارش الموضحة

فصل

وخمس فيها مقدر أولها الموضحة التي توضح العظم أى تبرزه ففيها خمسة ابعرة[١] وعنه فى موضحة الوجه عشرة [٢] والأول المذهب فان عمت الرأس ونزلت الى الوجه فهل هى موضحة أو موضحتان؟ على وجهين[٣] وإن أوضحه موضحتين بينهما حاجز فعليه عشرة[٤] فان خرق ما بينهما[٥] أو ذهب بالسراية

---

(١) قوله « ففيها خمسة أبعرة » والموضحة التى توضح العظم أى تبرزه والوضح البياض قاله ابن المنذر وفى كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم وفى الموضحة خمس من الابل رواه الشافعي والنسائي وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا قال وفى المواضح خمس خمس من الابل رواه أحمد وأبو داود والترمذى وقال حديث حسن والعمل على هذا عند أهل العلم وقال غيره اسناده ثقات

(٢) قوله « وعنه فى موضحة الوجه الخ » وهذا قول سعيد بن المسيب لأن شينها أكثر وموضحة الرأس يسترها الشعر والعمامة

(٣) قوله « فان عمت الرأس الخ » أحدهما هى موضحتان وهو الصحيح من المذهب لأنه أوضحه فى عضوين فكان لكل منهما حكم نفسه كما لو أوضحه فى الرأس ونزل إلى القفا

[فائدة] يجب ارش الموضحة فى الصغيرة والكبيرة والبارزة والمستورة بالشعر لأن اسم الموضحة يشمل الجميع . وحد الموضحة ما أفضى إلى العظم ولو بقدر إبرة ذكره ابن القاسم والقاضى وليس فى الموضحة غير الرأس والوجه مقدر فى قول أكثر أهل العلم منهم امامنا ومالك والثورى والشافعي وإسحاق وابن المنذر وقال ابن عبد البر على ذلك جماعة العلماء إلا الليث قال الموضحة تكون فى الجسد أيضا وقال الأوزاعى فى جراحة الجسد على النصف من جراحة الرأس وحكى نحو ذلك عن عطاء الخراسانى قال فى الموضحة فى سائر الجسد خمسة وعشرون ديناراً

(٤) قوله « وان أوضحه موضحتين الخ » هذا بلا نزاع لأنهما موضحتان

(٥) قوله « فان خرق ما بينهما » أى صارا موضحة واحدة كما لو أوضح الكل بغير حاجز بينهما وهذا بلا نزاع

صارا موضحة واحدة[١] وإن خرقه المجنى عليه أو أجنبى فهى ثلاث مواضح[٢] وان اختلفا فيمن خرقه فالقول قول المجنى عليه[٣] ومثله لو قطع ثلاث أصابع امرأة فعليه ثلاثون من الابل فان قطع الرابعة عاد الى عشرين فان اختلفا فى قاطعها فالقول قول المجنى عليه . وان خرق ما بين الموضحتين فى الباطن فهل هى موضحة أو موضحتان؟ على وجهين[٤] وان شج جميع رأسه سمحاقا الا موضعا منه أوضحه فعليه ارش موضحة[٥] ثم الهاشمة وهى التى توضح العظم وتهشمه ففيها عشر من الابل[٦] فان ضربه بمثقل فهشمه من غير ان يوضحه

---

(١) أوذهب بالسراية الخ ، أى ذهب بالسراية قبل الاندمال وهذا بلا نزاع لأن سراية الجناية لها حكم أصل الجناية بدليل ما لو أتلف ما بينهما بنفسه

(٢) قوله « وان خرقه المجنى عليه أو أجنبى الخ » إذا خرقه أجنبى فعلى الاول ارش موضحتين وعلى الثانى ارش موضحة لأن فعل أحـــدهما لا ينبنى على فعل الآخر فانفرد كل واحد منهما بحكم جنايته

(٣) قوله « وان اختلفا الخ » هذا الصحيح من المذهب فاذا قال الجانى أنا شققت ما بينهما وقال المجنى عليه بل أنا أو أزالها آخر سواك كان القول قول المجنى عليه لأن سبب ارش موضحتين قد وجد والجانى يدعى زواله والمجنى عليه ينكره والقول قول المنكر لأن الأصل معه . ومثله لو قطع ثلاث أصابع امرأة فعليه ثلاثون من الابل فان قطع الرابعة عاد الى عشرين ، فان اختلفا فى قاطعها فالقول قول المجنى عليه لما ذكرنا

(٤) قوله « وان خرق ما بين الموضحتين فى الباطن الخ » أحدهما موضحة واحدة وهو المذهب لاتصالها فى الباطن والثانى موضحتان لانفصالها فى الظاهر

(٥) قوله « وان شج جميع رأسه الخ » إذا شجه فى رأسه شجة بعضها موضحة وبعضها دون الموضحة لم يلزمه أكثر من ارش موضحة لأنه لو أوضح الجميع لم يلزمه أكثر من ذلك وهكذا لو شجه شجة بعضها هاشمة وباقيه دونها لم يلزمه أكثر من ارش هاشمة ، وان كانت منقلة وما دونها أومأمومة وما دونها فعليه ارش منقلة ومأمومة لما ذكرنا

(٦) قوله « ثم الهاشمة الخ » وهذا بلا نزاع ولم يبلغنا عن النبى فيهـا تقدير =

ففيه حكومة وقيل يلزمه خمس من الابل(١) ثم المنقلة وهى التى توضح العظم وتهشم وتنقل عظامها ففيها خمس عشرة من الابل(٢) ثم المأمومة وهى التى تصل الى جلدة الدماغ وتسمى أم الدماغ وتسمى المأمومة آمة ففيها ثلث الدية(٣) ثم الدامغة وهى التى تخرق الجلدة ففيها ما فى المأمومة(٤)

= وأكثر من بلغنا قوله من أهل العلم على أن ارشها مقدر بعشر من الابل روى ذلك عن قبيصة بن ذؤيب عن زيد بن ثابت وبه قال قتادة والشافعى والعنبرى ونحوه قول الثورى وأصحاب الرأى إلا أنهم قدروها بعشر الدية من الدراهم وذلك على قولهم الف درهم وكان الحسن لا يوقت فيها شيئاً وحكى عن مالك انه قال لا أعرف الهاشمة لكن فى الايضاح خمس وفى الهشم حكومة . قال ابن المنذر والنظر يدل على قول الحسن إذ لا سنة فيها ولا اجماع . ولنا قول زيد . ومثل ذلك الظاهر انه توقيف ولانه لا يعرف له مخالف فى عصره فان هشمه هاشمتين بينهما حاجز ففيها عشرون من الابل على ما ذكر من التفصيل فى الموضحة وتستوى الهاشمة الصغيرة والكبيرة كالموضحة وان شجه شجة بعضها هاشمة وبعضها موضحة وبعضها سمحاق وبعضها متلاحمة وجب ارش الهاشمة لأنه لو كان جميعها هاشمة أجزأ ارشها

(١) قوله « وان ضربه بمثقل الخ » وهذا المذهب ولا تجب دية الهاشمة بغير خلاف لان الارش المقدر وجب فى هاشمة معها موضحة ، وفى الواجب وجهان احدهما حكومة وهو المذهب لانه كسر عظما فاشبه كسر قصبة الأنف ، والثانى فيه خمس من الابل لانه لو أوضح وهشم لوجب عشر فاذا وجد أحدهما وجب خمس

(٢) قوله « ثم المنقلة الخ » المنقلة زائدة على الهاشمة وهى التى تكسر العظام وتزيلها عن مواضعها فتحتاج إلى نقل للعظم ليلتئم وفيها خمس عشرة من الابل باجماع من أهل العلم حكاه ابن المنذر ، وفى كتاب النبى ﷺ لعمرو بن حزم « وفى المنقلة خمس عشرة من الابل » وفى تفصيلها ما فى تفصيل الموضحة والهاشمة على ما مضى

(٣) قوله « ثم المأمومة الخ » وأرشها ثلث الدية بلا نزاع وهو قول عامة أهل العلم الا مكحولا فانه قال ان كانت عمداً ففيها ثلثا الدية وان كانت خطأ فثلثها ولنا قوله ﷺ فى كتاب عمرو بن حزم « وفى المأمومة ثلث الدية » وعن ابن عمر مرفوعا نحو ذلك وروى نحوه عن على رواه سعيد

(٤) قوله « ثم الدامغة الخ » وهذا المذهب وعليه الاصحاب قال القاضى لم =

فصل

وفى الجائفة ثلث الدية وهى التى تصل الى باطن الجوف من بطن او ظهر أو صدر او نحر[١] فان خرقه من جانب فخرج من جانب آخر فهى جائفتان[٢] وإن طعنه فى خده فوصل الى فمه ففيه حكومة.[٣] ويحتمل ان تكون جائفة فان جرحه فى وركه فوصل الجرح الى جوفه أو أوضحه فوصل الجرح الى قفاه فعليه دية جائفة وموضحة وحكومة لجرح القفاء والورك[٤] وإن

=يذكر أصحابنا الدامغة لمساواتها المأمومة فى ارشها ، ويحتمل انهم تركوا ذكرها لكونها لا يسلم صاحبها فى الغالب وبهذا قال ابن حمدان بل يجب فيها كل الدية لأنه لا يعيش وقيل فيها مع ما ذكر حكومة

(١) قوله « وفى الجائفة الخ » هذا بلا نزاع ، وهذا قول عامة أهل العلم منهم أهل المدينة وأهل الكوفة وأهل الحديث وأصحاب الرأى الا مكحولا قال فيها فى العمد ثلثا الدية ، ولنا قوله ﷺ فى كتاب عمرو بن حزم « وفى الجائفة ثلث الدية » وعن ابن عمر عن النبى ﷺ مثل ذلك

[فائدة] إذا اجافه جائفتين بينهما حاجز فعليه ثلثا الدية وان خرق الجانى ما بينهما أو ذهب بالسراية صار جائفة واحدة

(٢) قوله « وان خرقه من جانب الخ » هذا المذهب نص عليه وهو قول أكثر أهل العلم منهم عطاء وقتادة ومجاهد ومالك والشافعى وأصحاب الرأى قال ابن عبد البر لا أعلمهم يختلفون فى ذلك ، وحكى عن بعض أصحاب الشافعى انه قال هى جائفة واحدة وحكى عن أبى حنيفة ، ولنا ما روى سعيد بن المسيب أن رجلا رمى رجلا بسهم فانفذه فقضى أبو بكر رضى الله عنه بثلثى الدية ولا مخالف له فيكون اجماعا أخرجه سعيد وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان عمر رضى الله عنه قضى فى الجائفة اذا نفذت الجوف بارش جائفتين

(٣) قوله « وان طعنه الخ » وهو المذهب لأن باطن الفم حكمه حكم الظاهر

(٤) قوله « وان جرحه فى وركه الخ » هذا بلا نزاع لأن الجرح فى غير موضع الجائفة فانفرد فيه بالضمان كما لو لم يكن معها جائفة

أجافه ووسع آخر الجرح فهي جائفتان[1] وإن وسع ظاهره دون باطنه أو باطنه دون ظاهره فعليه حكومة ، وإن التحمت الجائفة ففتحها آخر فهي جائفة أخرى[2]

فصل

وفي الضلع بعير[3] وفي الترقوتين بعيران[4] وفي كل واحد من الذراع والزند

---

(١) قوله « وان أجافه ووسع الخ » هذا بلا نزاع لان فعل كل واحد منهما لو انفرد كان جائفة فلا يسقط حكمه بانضمامه إلى فعل غيره

(٢) قوله « وان التحمت الخ » أي فعليه أرشها لانه عاد الى الصحة فصار كالذي لم يجرح

[فائدة] إذا وطىء زوجته وهي صغيرة ففتقها لزمه ثلث الدية ، ومعنى الفتق خرق ما بين مسلك البول والمني. وقيل بل معناه خرق ما بين القبل والدبر. والكلام في ذلك في أمرين أحدهما في أصل وجوب الضمان والثاني في قدره أما الاول فان الضمان انما يجب بوطء الصغيرة أو النحيفة التي لا تحتمل الوطء دون الكبيرة المحتملة له وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي يجب الضمان في الجميع لانه جناية فيجب الضمان به كما لو كان في أجنبية. ولنا أنه وطء مستحق فلم يجب ضمان ما تلف به كالبكارة ولانه فعل مأذون فيه ممن يصح اذنه فلم يضمن ما تلف بسرايته فيلزمه الأرش في ماله ان كان عمداً محضاً وهو ان يعلم انها لا تطيقه وان وطأه يفضها فاما ان علم ذلك وكان مما يحتمل أن لا يفضي اليه فهو عمد الخطأ فيكون على عاقلته. الثاني في قدر الواجب وهو ثلث الدية وبه قال قتادة وأبو حنيفة ، وقال الشافعي تجب الدية كاملة وروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز لأنه أتلف منفعة الوطء. ولنا ما روى عن عمر بن الخطاب أنه قضى في الافضاء بثلث الدية ولم نعرف له في الصحابة مخالفا فان استطلق بولها مع ذلك لزمته دية كاملة من غير زيادة وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي تجب دية وحكومة

[فائدة] إذا أكره امرأة على الزنا فأفضاها لزمه ثلث ديتها ومهر مثلها

(٣) قوله « وفي الضلع بعير » هذا المذهب وعليه الأصحاب ونص عليه وهو من مفردات المذهب

(٤) قوله « وفي الترقوتين الخ » وهذا المذهب وهو من المفردات والترقوتان

والفخذ والعضد والساق بعيران[1] وما عدا ماذكرنا من الجروح وكسر العظام مثل خرزة الصلب والعصعص ففيه حكومة . والحكومة ان يقوم المجنى عليه كأنه عبد لا جناية به ثم يقوم وهى به قد برأت فما نقص فله مثله من الدية فان كان قيمته وهو صحيح عشرين وقيمته وبه الجناية تسعة عشر ففيه نصف عشر ديته الا أن تكون الحكومة فى شيء فيه مقدر فلا يبلغ به ارش المقدر[2] فاذا كانت فى الشجاج التى دون الموضحة لم يبلغ بها ارش الموضحة وان كانت فى اصبع لم يبلغ بها دية الاصبع وان كانت فى أنملة لم يبلغ بها ديتها

= هما العظمان المستديران حول العنق وروى سعيد عن سفيان عن زيد بن أسلم عن سلم بن جندب عن أسلم مولى عمر عن عمر قال فى الضلع جمل والترقوة جمل. وظاهر الخرقى وجزم به فى الارشاد ان فى الترقوة الواحدة بعيرين فيكون فيهما أربعة وهذا قول زيد بن ثابت. وبما قلنا قال عمر بن الخطاب وسعيد بن المسيب ومجاهد وسعيد ابن جبير وقتادة واسحاق وهو قول الشافعى ، والمشهور من قوله عند أصحابه فى كل واحد مما ذكرنا حكومة وهو قول مسروق ومالك وأبى حنيفة وابن المنذر

(١) قوله « وفى كل واحد من الذراع الخ » فى الزندين أربعة أبعرة لأن فيها أربعة عظام وهذا المذهب يروى ذلك عن عمر بن الخطاب ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى فيه حكومة ، ولنا ما روى سعيد باسناده ان عمرو بن العاص كتب الى عمر فى احد الزندين اذا كسر فكتب فيه عمر ان فيه بعيرين وإذا كسر الزندان ففيهما أربعة من الابل ورواه أيضا من طريق آخر مثل ذلك وهذا لم يظهر له فى الصحابة من مخالف فيكون إجماعا ولا مقدر فى هذه العظام فى ظاهر قول الخرقى وهو قول أكثر أهل العلم والمذهب أن فيهما ما ذكره المصنف هنا ، قال المصنف والصحيح انه لا تقدير فى غير الخمسة الضلع والترقوتين والزندين واختار المصنف ان فيما سوى الزند حكومة

قوله « مثل خرزة الصلب والعصعص ففيه حكومة » ، لا نعلم فيه خلافا على

(٢) قوله « والحكومة الخ » وهذا الذى ذكره فى تفسير الحكومة قول أهل العلم لا نعلم من بينهم فيه خلافا فيجعل العبد أصلا للحر فيما لا موقت فيه والحر أصلا للعبد فيما فيه توقيت فى المشهور فى المذهب

وان كانت مما لا تنقص شيئا بعد الاندمال قومت حال جريان الدم فان لم تنقص شيئا بحال أو زادته حسنا فلا شيء فيها والله أعلم[1]

باب العاقلة وما تحمله

عاقلة الانسان عصباته كلهم قريبهم وبعيدهم من النسب والولاء الاعمودى النسبة آباؤه وأبناؤه[2] وعنه انهم من العاقلة أيضا . وليس على فقير

---

(١) قوله « الا أن تكون الحكومة الخ » هذا قول أكثر أهل العلم وبه يقول الشافعي وأصحاب الراى ، وحكى عن مالك أنه يجب ما تخرجه الحكومة كائنا ما كان لأنها جراحة لا مقدر فيها فوجب فيها ما نقص ولا يكون التقويم إلا بعد برء الجرح لأن ارش الجرح المقدر انما يستقر بعد برئه

[فائدة] سميت عاقلة لأنهم يعقلون نقله حرب وجزم به فى الفروع . وقيل لأنهم يمنعون عن القاتل جزم به فى المغنى والشرح . وقيل لان الابل تجمع فتعقل بفناء أولياء المقتول أى يشد عقلها لتسلم اليهم ولذلك سميت الدية عقلا . وقيل لاعطائهم العقل الذى هو الدية

(٢) قوله « عاقلة الانسان الخ » اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فى العاقلة فروى عنه أنهم جميع العصبات من النسب والولاء يدخل فيهم الأبناء والآباء والإخوة وسائر العصبة من العمومة وأبنائهم وهذا المذهب وهو مذهب مالك وأبى حنيفة لما روى أبو هريرة قال قضى رسول الله ﷺ فى جنين امرأة بنى لحيان سقط ميتا بغرة عبد أو أمة ثم ان المرأة التى قضى عليها بالغرة توفيت فقضى رسول الله ﷺ ان ميراثها لبنيها وزوجها وان العقل على عصبتها متفق عليه . وروى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قضى ان يعقل عن المرأة عصبتها من كانوا ولا يرثون منها الا ما فضل عن ورثتها رواه الخمسة إلا الترمذى . ولأن الآباء والأبناء عصبة فاشبهوا سائر العصبات . وعنه أن الآباء والأبناء ليسوا من العاقلة وهو قول الشافعى وجزم به فى الوجيز قال ابن المنجا وهو المذهب لما روى جابر ان امرأتين من هذيل قتلت إحداهما الأخرى ولكل واحدة منهما زوج وولد فجعل رسول الله ﷺ دية المقتولة على عاقلة القاتلة وبرأ زوجها وولدها فقال عاقلة المقتولة ميراثها لنا فقال النبي ﷺ لا ، ميراثها لزوجها وولدها رواه ابو داود

ولا صبي ولا زائل العقل ولا امرأة ولا خنثى مشكل ولا رقيق ولا مخالف لدين الجاني حمل شيء (١) وعنه ان الفقير يحمل من العقل ويحمل الغائب كما يحمل الحاضر (٢) وخطأ الامام والحاكم فى أحكامه فى بيت المال (٣) وعنه على

= وهذا يقتضى ان الأولاد ليسوا من العاقلة وكذا الآباء قياسا لأحدى العمودين على الاخرى وعنه ان الجميع عاقلة الابناء اذا كانت امرأة قال فى المحرر وهى أصح قال الزركشى وعليها يقوم الدليل

(١) قوله « وليس على فقير الخ » هذا المذهب فى ذلك كله وأكثر أهل العلم على انه لا مدخل لاحد من هؤلاء فى تحمل العقل قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ان المرأة والصبي الذى لم يبلغ لا يعقلان مع العاقلة وأجمعوا على ان الفقير لا يلزمه شيء وهذا قول مالك والشافعى واصحاب الرأى

[تنبيه] مفهوم كلام المصنف أن الهرم والزمن والاعمى يحمل من العقل بشرطه وهو أحد الوجهين وهو ظاهر كلام الاكثر وهو المجزوم به عند المتأخرين

على قوله « وليس على فقير » ، أى فلا تجب إلا على موسر والموسر هنا من ملك نصاباً زكويا عند الحلول فاضلا عن حاجته كحج وكفارة ظهار

(٢) قوله « ويحمل الغائب الخ » وهذا قول أبى حنيفة وقال مالك يختص به الحاضر لأن التحمل بالنصرة وانما هى من الحاضرين .وعن الشافعى كالمذهبين . ولنا الخبر وانهم استووا فى التعصيب والارث فاستووا فى التحمل كالحاضرين

(٣) قوله « وخطأ الإمام الخ » وهذا المذهب وعليه أكثر الاصحاب لأن خطأه يكثر فى احكامه فايجاب ما يجب به على عاقلته يجحف بهم وبه قال الأوزاعى والثورى والشافعى واسحاق ، ولأن الامام والحاكم نائب عن الله تعالى فى أحكامه وأفعاله فكان ارش جنايته فى مال الله تعالى . وللشافعى قولان كالروايتين . وعنه على عاقلتهما لما روى أن عمر رضى الله عنه بعث الى امرأة مغنية كان يدخل عليها فقالت يا ويلها ما لها ولعمر فاسقطت ولداً فصاح الصبى صيحتين ثم مات فاستشار عمر أصحاب رسول الله ﷺ فأشار بعضهم ان ليس عليك شيء انما أنت وال ومؤدب فقال على ان كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأوا وان كانوا فى هواك فلم ينصحوا لك ان ديته عليك لأنك أفزعتها . فقال عمر : أقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك

عاقلته . وهل يتعاقل أهل الذمة ؟ على روايتين[١] ولا يعقل ذمى عن حربى ولا حربى عن ذمى . ومن لا عاقلة له أو لم تكن له عاقلة تحمل الجميع فالدية أو باقيها عليه ان كان ذميا[٢] وإن كان مسلما أخذ من بيت المال[٣] فان لم يمكن فلا شيء على القاتل[٤] ويحتمل أن تجب فى مال القاتل وهو أولى[٥] كما قالوا فى المرتد يجب أرش خطائه فى ماله ولو رمى وهو مسلم فلم يصب السهم حتى ارتد كان عليه فى ماله ولو رمى الكافر سهما ثم اسلم ثم قتل السهم إنسانا فديته فى ماله ولو جنى ابن المعتقة ثم انجر ولاؤه ثم سرت جنايته فأرش الجناية فى ماله لتعذر حمل العاقلة فكذا هذا

---

(١) قوله « وهل يتعاقل أهل الذمة الخ » أحدهما يتعاقلون وهو المذهب قياساً على المسلمين لأن قرابتهم تقتضى التوريث فاقتضت التعاقل كالمسلمين . والثانية لا يتعاقلون لأن حمل العاقله ثبت على خلاف الاصل لحرمة قرابة المسلمين فلا يقاس عليهم غيرهم

(٢) قوله « ومن لا عاقلة له الخ » وهذا المذهب لأن بيت المال لا يعقل عنه

(٣) قوله « وان كان مسلما الخ » وهذا المذهب نص عليه وهو مذهب الزهرى والشافعى لأن المسلمين يرثون من لا وارث له فيعقلون عنه عند عدم عاقلته كعصباته فتؤخذ حالة دفعة واحدة لأنه عليه الصلاة والسلام أدى دية الانصارى دفعة واحدة وكذا عمر لان الدية انما أجلت على العاقلة تخفيفا ولا حاجة الى ذلك فى بيت المال

(٤) قوله « فان لم يمكن الخ » وهذا المذهب وعليه أكثر الاصحاب ونقله الجماعة عن أحمد وهذا أحد قولى الشافعى لان الدية تلزم العاقلة ابتداء بدليل أنه لا يطالب بها غيرهم ولا يعتبر تحملهم ولا رضاهم بها فلا تجب على غير من وجبت عليه كما لو عدم القاتل

(٥) قوله « ويحتمل الخ » وهذا القول الثانى قال المصنف هنا وهذا أولى لعموم قوله ﴿ ودية مسلمة الى أهله ﴾ ولان قضية الدليل وجوبها على الجانى جبراً للمحل الذى فوته وانما سقط عن القاتل لقيام العاقلة فى مقامه فاذا لم يوجد ذلك بقى واجبا عليه بمقتضى الدليل ولانه لا يكاد يوجد عاقلة تحمل الدية كلها ولا سبيل الى الاخذ من بيت المال فتضيع الدماء واستشهد المصنف على صحة ما اختاره بهذه المسائل وذكر ان الاصحاب قالوا بها ونحن نذكرها فمنها ان خطأ المرتد يجب فى =

فصل

ولا تحمل العاقلة عمدا(١) ولا عبدا (٢) ولا صلحا(٣) ولا اعترافا(٤) ولا

=ماله وهذا المذهب وعليه جماهير الاصحاب وحكى وجه لاشيء عليه كالمسلم . ومنها قوله ولو رمى وهو مسلم الخ وهو المذهب وعليه جماهير الاصحاب وقيل لا شيء عليه . ومنها قوله ولورمى الكافر الخ وهذا الصحيح من المذهب وقيل لاشيء عليه . ومنها قوله ولو جنى ابن المعتقة الخ وهذا المذهب مثال ذلك إذا تزوج عبد معتقة فأولدها أولاداً فولاؤهم لمولى أمهم فان جنى أحـــدهم فالعقل على مولى أمه لانه عصبته ووارثه فان أعتق أبوه ثم سرت الجناية أو رمى بسهم فلم يقع السهم حتى عتق أبوه لم يحمل عقله أحد لان موالى الام قد زال ولاؤهم عنه قبل قتله وموالى الاب لم يكن لهم عليه ولاء حال جنايته فتكون الدية عليه فى ماله

(١) قوله « ولا تحمل العاقلة الخ » وجملته ان العاقلة لا تحمل العمد سواء كان مما يجب القصاص فيه أو لا ، ولا خلاف فى أنها لا تحمل دية ما يجب فيه القصاص ، وأكثر أهل العلم على أنها لا تحمل العمد بحال . وحكى عن مالك أنها تحمل الجنايات التى لا قصاص فيها كالمأمومة والجائفة وهذا قول قتادة لانها جناية لا قصاص فيها فاشبهت جناية الخطأ . ولنا ما روى ابن عباس مرفوعا انه قال لا تحمل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحا ولا اعترافاً وروى عن ابن عباس موقوفا ولم يعرف له فى الصحابة مخالف فيكون إجماعا وعن عمر قال العمد والعبد والصلح والاعتراف لا تعقله العاقلة رواه الدارقطنى ، وقال الزهرى مضت السنة أن العاقلة لا تحمل شيئا من دية العمد الا أن يشاءوا رواه مالك

(٢) قوله « ولا عبداً » وهذا قول ابن عباس والشعبى والثورى ومكحول والنخعى والبتى ومالك والليث وابن أبى ليلى واسحاق وأبى ثور ، وقال عطاء والزهرى والحكم وحماد وأبو حنيفة تحمله العاقلة لأنه آدمى يجب بقتله القصاص والكفارة ، وعن الشافعى كالمذهبين ، ولنا ما تقدم

(٣) قوله « ولاصلحا » ومعناه أن يدعى عليه القتل فينكره ويصالح المدعى على مال فلا تحمله العاقلة لأنه مال ثبت بمصالحته واختياره فلم تحمله العاقلة وبه قال ابن عباس والزهرى والشعبى والثورى والليث والشافعى وقد ذكرنا حديث ابن عباس

(٤) قوله « ولا اعترافا » وهو أن يقر الانسان على نفسه بقتل خطأ أو=

ما دون ثلث الدية[١] ويكون ذلك فى مال الجانى حالا الا غرة الجنين اذا مات مع أمه فان العاقلة تحملها مع دية أمه وان ماتا منفردين لم تحملها العاقلة لنقصها عن الثلث وتحمل جناية الخطإ على الحر اذا بلغت الثلث قال ابو بكر ولا تحمل شبه العمد ويكون فى مال القاتل فى ثلاث سنين[٢] وقال الخرقى تحمله العاقلة . وما

= شبه عمد فتجب الدية عليه فلا تحمله العاقلة لا نعلم فيه خلافاً وبه قال ابن عباس والشعبي والحسن وعمر بن عبد العزيز والزهرى والثورى ومالك والأوزاعى والشافعي واسحاق وأصحاب الرأى وقد ذكرنا حديث ابن عباس ويلزمه ما اعترف به وتجب الدية عليه حالة فى ماله وهو قول الأكثرين

(١) قوله « ولا ما دون الثلث » وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء ومالك واسحاق وعبد العزيز بن أبى سلمة وقال الزهرى لا تحمل الثلث أيضا وقال الثورى وأبو حنيفة تحمل السن والموضحة وما فوقهما لأنه ﷺ جعل الغرة التى فى الجنين على العاقلة وقيمتها نصف عشر الدية ولا تحمل ما دون ذلك والصحيح عن الشافعى انها تحمل القليل والكثير لأن من حمل الكثير حمل القليل

على قوله « ولا ما دون ثلث الدية » * كارش الموضحة نص على ذلك لقضاء عمر انها لا تحمل شيئاً حتى يبلغ عقل المأمومة

على قوله « وتحمل جناية الخطأ على الحر إذا بلغت الثلث » * لحديث أبى هريرة وفى تقييده بالخطأ والحر وبلوغ الثلث احتراز عن العمد والعبد وما دون الثلث

(٢) قوله « وقال أبو بكر لا تحمل شبه العمد الخ » ان الاصحاب اختلفوا فى شبه العمد هل تحمله العاقلة أم لا والصحيح من المذهب انها تحمله نص عليه وعليه جماهير الأصحاب وبه قال الشعبي والنخعى والحكم والشافعى والثورى واسحاق وأصحاب الرأى وابن المنذر لحديث أبى هريرة قال اقتتلت امرأتان الخ وقول أبى بكر هو رواية عن أحمد قال فى الرعايتين ولا تحمل شبه عمد فى الأصح وبه قال ابن سيرين والزهرى والحارث العكلى وابن شبرمة وقتادة وأبو ثور وهى على القاتل فى ماله لأنها موجب فعل قصده فلم تحمله العاقلة كالعمد المحض ، ولأنها دية مغلظة فاشبهت دية العمد ، ولنا حديث أبى هريرة

يحمله كل واحد من العاقلة غير مقدر لكن يرجع فيه الى اجتهاد الحاكم فيحمل كل إنسان منهم ما يسهل ولا يشق[١] وقال أبو بكر يجعل على الموسر نصف دينار وعلى المتوسط ربعا وهل يتكرر ذلك فى الاحوال الثلاثة أولا ؟ على وجهين . ويبـــدأ بالاقرب فالأقرب فمتى اتسعت أموال الأقربين لها لم يتجاوزهم[٢] والا انتقل الى من يليهم فان تساوى جماعة فى القرب وزع القدر الذى يلزمهم بينهم

---

(١) قوله « وما تحمله العاقلة الخ » لا خلاف بين أهل العلم فى أن العاقلة لا تكلف من العقل ما يجحف بها ويشق عليها . واختلف أهل العلم فيما يحمله كل واحد منهم فقال أحمد يحملون على قدر ما يطيقون فعلى هذا لا يتقدر شرعا وإنما يرجع فيه الى اجتهاد الحاكم فيفرض على كل واحد قدراً يسهل ولا يؤذى وهذا مذهب مالك لأن التقدير لا يثبت إلا بتوقيف ولا يثبت بالرأى والتحكم ولا نص فى هذه المسئلة فوجب الرجوع فيها الى اجتهاد الحاكم كمقادير النفقات وعن أحمد أنه يفرض على الموسر نصف مثقال لأنه أقل مال يتقدر فى الزكاة وهذا اختيار أبى بكر ومذهب الشافعى . وقال أبو حنيفة أكثر ما يجعل على الواحد أربعة دراهم ، وليس لأقله حد

(٢) قوله « ويبدأ بالأقرب فالأقرب الخ » أى كالعصبات فى الميراث وهذا المذهب فيقسم على الاخوة وبنيهم والأعمام وبنيهم ثم أعمام الاب ثم بنيهم ثم أعمام الجد ثم بنيهم كذلك أبداً حتى اذا انقرض المتناسبون فعلى المولى المعتق ثم عصباته ثم على مولى الولى ثم عصباته الأقرب فالأقرب كالميراث . وان قلنا الآباء والأبناء من العاقلة بدىء بهم ويقدم من يدلى بأبوين على من يدلى بأب كالميراث فى الأشهر

[فائدة] لا يحمل العقل من لا يعرف نسبه من القاتل الا أن يعلم انه من قوم يدخلون كلهم فى العقل ومن لا يعرف ذلك فيه لا يدخل وان كان من قبيلته فلوكان القاتل قرشيا لم يلزم قريشا كلهم التحمل فان قريشا وان كانوا كلهم يرجعون الى أب واحد الا أن قبائلهم تفرقت وصاركل قوم ينسبون الى أب يتميزون به فيعقل عنهم من يشاركهم فى نسبهم الى الأب الأدنى ألا ترى ان الناس كلهم بنو آدم لكن ان كان من فخذ يعلم ان جميعهم يتحملون وجب أن يحمل جميعهم سواء عرف أحدهم نسبه أو لم يعرف

فصل

وما تحمله العاقلة يجب مؤجلا فى ثلاث سنين فى كل سنة ثلثه إن كان دية كاملة (١) وإن كان الواجب ثلث الدية كارش الجائفة وجب فى رأس الحول (٢) وإن كان نصفها كديه اليد وجب فى رأس الحول الاول الثلث وباقيه فى رأس الحول الثانى (٣) وإن كان دية امرأة أو كتابى فكذلك (٤) ويحتمل أن يقسم فى ثلاث سنين (٥) وإن كان أكثر من دية كما لو جنى عليه

على قوله « والا انتقل إلى من يليهم » . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة يسوى بين القريب والبعيد ويقسم على جميعهم لأن النبى ﷺ جعل دية المقتولة على عصبة القاتلة

(١) قوله « وما تحمله العاقله الخ » لا خلاف بين أهل العلم فى ان دية الخطأ على العاقلة حكاه ابن المنذر وانها تجب مؤجلة فى ثلاث سنين فان عمر وعليا رضى الله عنهما جعلا دية الخطأ على العاقله فى ثلاث سنين ولا نعرف لهما فى الصحابة مخالفا وتبعهم أهل العلم على ذلك ويجب فى آخر كل حول ثلثها ويعتبر ابتداء السنة من حين وجوب الدية وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة ابتداؤها من حين حكم الحاكم

(٢) قوله « وان كان الواجب ثلث الدية الخ » أى فى آخر السنة الأولى ، ولم يجب منه شىء حالا لأن العاقلة لا تحمل حالا وهذا بلا نزاع

(٣) قوله « وان كان نصفها الخ » أى لان الثلث قدر ما يؤدى من الدية الكاملة فوجب لتساويهما فى وقت الوجوب والباقى فى رأس الحول الثانى لان ذلك القسط الثانى من الكاملة وهذا بلا نزاع

(٤) قوله « وان كان دية امرأة الخ » يجب ثلثاها فى رأس الحول الاول يعنى وهو قدر ثلث دية الحر المسلم وباقيها فى رأس الحول الثانى وهذا المذهب لان هذه تنقص عن الدية فلم تقسم فى ثلاث سنين كارش الطرف وهذا مذهب أبى حنيفة

(٥) قوله « ويحتمل الخ » أى لان ذلك دية نفس كاملة اشبه دية المسلم

[فائدة] اذا كانت الدية لا تبلغ ثلث الدية الكاملة كدية المجوسى وهى ثمانمائة درهم ودية الجنين وهى خمس من الابل لم تحمله العاقلة لانه ينقص عن الطرف الا أن يقتل الجنين مع أمه فتحمله العاقلة لانها جناية واحدة

فاذهب سمعه و بصره لم يزد فى كل حول على الثلث (١) وابتداء الحول فى الجرح من حين الاندمال و فى القتل من حين الموت (٢) وقال القاضى ان لم يسر الجرح الى شىء فحوله من حين القطع . ومن مات من العاقلة قبل الحول أو افتقر سقط ما عليه وإن مات بعد الحول لم يسقط ما عليه (٣) وعمد الصبى والمجنون خطأ تحمله العاقلة (٤) وعنه فى الصبى العاقل ان عمده فى ماله

باب كفارة القتل

من قتل نفساً محرمة خطأ أو ما أجرى مجراه (٥) أو شارك

---

(١) قوله « وان كان أكثر الخ » وكذا لو قتلت الضربة الام وجنينها بعد ما استهل وهذا المذهب لان الواجب لو كان دون الدية لم ينقص فى السنة عن الثلث فكذا لا يزيد عليه إذا زاد عن الثلث

(٢) قوله « وابتداء الحول الخ » هذا المذهب وعليه أكثر الاصحاب لان الجرح لايستقر ارشه إلا بالبرء وفى القتل لانه حالة الوجوب سواء كان قتلا موحيا أو عن سراية

(٣) قوله « ومن مات من العاقلة الخ » من مات من العاقلة أو افتقر أو جن قبل الحول لم يلزمه شىء لا نعلم فى هذا خلافا لانه مال يجب فى آخر الحول على سبيل المواساة فاشبه الزكاة وان كان بعد الحول لم يسقط الواجب وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة يسقط بالموت

[فائدة] من صار أهلا عند الحول لزمه ما تحمله العاقلة على أصح الوجهين قاله فى الفروع وغيره

(٤) قوله « وعمد الصبى الخ » عمد المجنون خطأ تحمله العاقلة بلا نزاع وكذا الصبى على الصحيح من المذهب مطلقا ونص عليه لأنه لا يتحقق منهما كمال القصد فوجب ان يكون كخطأ البالغ وعنه فى الصبى العاقل ان عمده فى ماله قال ابن عقيل والحلوانى وتكون مغلظة

(٥) قوله « من قتل نفساً محرمة الخ » الأصل فى الكفارة قوله تعالى ﴿ ومن قتل مؤمناً ﴾ الآية فذكر فى الآية ثلاث كفارات احداهن بقتل المسلم فى دار الاسلام =

فيها[١] اوضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا أوحيا ثم مات فعليه الكفارة[٢] مسلما كان المقتول أو كافرا[٣] حرا أو عبدا[٤] وسواء كان القاتل كبيرا

=خطأ، الثانى بقتله فى دار الحرب وهو لا يعرف ايمانه بقوله ﴿فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن﴾ الآية . الثالث بقتل المعاهد وهو الذمى فى دار الإسلام بقوله ﴿وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق﴾ الآية وأجمع أهل العلم على أن على القاتل خطأ الكفارة سواء كان المقتول ذكراً أو أنثى ويجب فى قتل الصغير والكبير سواء باشره بالقتل أو تسبب الى قتله بسبب تضمن به النفس كحفر البئر ونصب السكين وبهذا قال مالك والشافعى . وقال أبو حنيفة لا تجب بالتسبب لأنه ليس بقتل . ولنا أنه كالمباشر فى الضمان فكان كالمباشر فى الكفارة ولأنه سبب لإتلاف الآدمى يتعلق به ضمانه فتعلقت به الكفارة وقياسهم ينتقض بالأب إذا أكره على قتل ابنه فان الكفارة تجب عليه من غير مباشرة

(١) قوله « أو شارك فيها » أى يلزم كل واحد من الشركاء كفارة هذا قول أكثر أهل العلم منهم عكرمة والحسن والنخعى والثورى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى . وعنه على المشتركين كفارة واحدة وهو قول أبى ثور وحكى عن الأوزاعى وحكاه أبو على الطبرى عن الشافعى وأنكره سائر أصحابه واحتج من أوجب كفارة واحدة بقوله تعالى ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ﴾ الآية ومن تتناول الواحد والجماعة ولنا أنها لا تتبعض وهى من موجب قتل الآدمى فكملت فى حق كل واحد من المشتركين كالقصاص

(٢) قوله « أو ضرب بطن امرأة الخ » هذا المذهب وبه قال الحسن وعطاء والزهرى والنخعى والحكم ومالك والشافعى واسحاق . وقال أبو حنيفة لا تجب فعلى المذهب لو ألقت مضغة لم تتصور فلا كفارة فيها

(٣) قوله « مسلما كان المقتول الخ » وبهذا قال أكثر أهل العلم . وقال الحسن ومالك لا كفارة فيه لقوله تعالى ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأ ﴾ الآية فمفهومه انه لا كفارة فى المؤمن ولنا قوله تعالى ﴿ فان كان بينكم وبينهم ميثاق ﴾ الآية وهذا منطوق

(٤) قوله « أو عبداً » أى تجب الكفارة بقتل العبد وبه قال أبو حنيفة والشافعى وقال مالك لا تجب به لأنه مضمون بالقيمة أشبه البهيمة ولنا عموم قوله تعالى ﴿ ومن قتل مؤمناً ﴾ خطأ الآية

عاقلا أو صبيا او مجنونا حرا أو عبداً[١] ويكفر العبد بالصيام[٢] وعنه أن على المشتركين كفارة واحدة وأما القتل المباح كالقصاص والحد وقتل الباغى والصائل فلا كفارة فيه[٣] وفى قتل العمد روايتان احـــداهما لا كفارة فيه اختارها أبو بكر والقاضى والأخرى فيه الكفارة[٤]

باب القسامة

وهى الايمان المكررة فى دعوى القتل[٥] ولا تثبت الا بشروط أربعة

---

(١) قوله « وسواء كان القاتل الخ » وهذا بلا نزاع فى ذلك الا المجنون فانه قال فى الانتصار لا كفارة عليه وممن أوجب الكفارة على الصبى والمجنون الشافعى وقال أبو حنيفة لا كفارة على واحد منهما لأنها عبادة محضة تجب بالشرع فلا تجب على الصبى والمجنون ولنا انه حق مالى يتعلق بالقتل فتعلقت بهم الدية

(٢) قوله « ويكفر العبد بالصيام » أى لأنه لا مال له ويأتى حكم العبد فى التكفير فى آخر كتاب الايمان فيما إذا عتق أو لم يعتق قبل التكفير

(٣) قوله « فاما القتل المباح الخ » هذا بلا نزاع إلا فى الباغى إذا قتله العادل فانه حكى فى الترغيب فيـــه وجهين لأنه قتل مأمور به ، والكفارة لا تجب لمحو المأمور به

(٤) قوله « وفى قتل العمد الخ » الصحيح من المذهب أنه لا كفارة فى قتل العمد وبه قال الثورى ومالك وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأى وعنه فيه الكفارة وهو قول الشافعى واختارها الخرقى وأبو محمد الجوزى لما روى واثلة بن الاسقع قال أتيت النبى ﷺ بصاحب لنا قد أوجب القتل فقال اعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو منها عضوا منه من النار رواه أبو داود باسناد ضعيف ولنا مفهوم قوله تعالى ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ ﴾ الآية ثم ذكر العمد فلم يوجب فيه كفارة وجعل جزاءه جهنم فمفهومه انه لا كفارة فيه فاما شبه العمد فالصحيح من المذهب وجوب الكفارة به نص عليه لأنه أجرى مجرى الخطأ فى نفى القصاص وحمل العاقلة ديته وتأجيلها فى ثلاث سنين فجرى مجراه فى وجوب الكفارة

(٥) قوله « وهى الأيمان المكررة الخ » مراده فى قتل معصوم والأصل فيها =

أحدها دعوى القتل[1] ذكرا كان المقتول أو أنثى حرا أو عبدا مسلما أو

═ما روى عن سهل بن أبي حثمة ورافع بن خديج ان محيصة بن مسعود وعبد الله ابن سهل انطلقا إلى خيبر فتفرقا فى النخل فقتل عبد الله بن سهل فاتهموا اليهود به فجاء أخوه عبد الرحمن وابنا عمه حويصة ومحيصة الى النبي ﷺ فتكلم عبد الرحمن فى أمر أخيه وهو أصغرهم فقال كبر كبر فتكلما فى أمر صاحبهما فقال أتحلفون وتستحقون قاتلكم قالوا كيف نحلف ولم نشهد ولم نر قال فتبرئكم يهود بخمسين يمينا قالوا كيف نأخذ ايمان قوم كفار قال فعقله النبي ﷺ من عنده رواه الجماعة. وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار ان النبي ﷺ أقر القسامة على ما كانت عليه فى الجاهلية رواه احمد ومسلم. قال ابن قتيبة فى المعارف أول من قضى بالقسامة فى الجاهلية الوليد بن المغيرة فأقرها النبي ﷺ فى الاسلام

(١) قوله «أحدها دعوى القتل» أى عمداً كان أو خطأ نص عليه ولا تسمع الدعوى الا محررة بأن يقول أدعى أن هذا قتل ولي فلان بن فلان عمداً أو خطأ أو شبه عمد ويصف القتل فان كان عمدا قال قصد اليه بسيف أو بما يقتل غالبا فان كانت الدعوى على واحد فأقر ثبت القتل وان أنكر وثم بينة حكم بها والا صار الامر الى الايمان وان كانت الدعوى على أكثر من واحد لم يخل من أربعة أحوال أحدها أن يقول قتله هذا وهذا تعمد قتله ويصف العمد بصفته فيقال له عين واحدا فان القسامة الموجبة للقود لا تكون على أكثر من واحد. الثانى أن يقول تعمد هذا وهذا كان خاطئاً فهو يدعى قتلا غير موجب القود ويقسم عليهما ويأخذ نصف الدية من مال العامد ونصفها من مال الخاطىء. الثالث ان يقول عمد هذا ولا أدرى أكان قتل الثانى عمداً أو خطأ، فقيل لا تسوغ القسامة هنا لأنه يحتمل ان يكون الآخر مخطئاً فيكون موجبها الدية عليهما ويحتمل أن يكون عامداً فلا تسوغ القسامة ههنا ويجب تعيين واحد والقسامة عليه فيكون موجبها القود فلم تجز القسامة مع هذا فان عاد فقال علمت ان الآخر كان عامدا فله أن يعين واحداً ويقسم عليه وان كان مخطئاً ثبتت القسامة حينئذ ويسئل الآخر فان أنكر ثبتت القسامة وان أقر ثبت عليه القتل ويكون عليه نصف الدية فى ماله لأنه يثبت باقراره لا بالقسامة وقال القاضى يكون على عاقلته الرابع أن يقول قتلاه خطأ أو شبه عمد أو أحدهما خاطئاً والآخر شبه عمد فله أن يقسم عليهما وان ادعى انه قتل وليه عمدا فسئل عن تفسير العمد ففسره بعمد الخطأ قبل تفسيره وأقسم على ما فسره به لأنه أخطأ فى وصف═

ذميا(١) فاما الجراح فلا قسامة فيـــه . الثانى اللوث وهو العـــداوة

= القتل بالعمد به ونقل المزنى عن الشافعى لا يحلف عليه لأنه بدعوى العمد برأ العاقلة فلم تسمع دعواه بعد ذلك ما يوجب عليهم المال . ولنا ان دعواه قد تحررت وانما غلط فى تسمية شبه العمد عمداً وهذا مما يشتبه فلا يؤاخذ به

(١) قوله « وسواء كان المقتول الخ » أما اذا كان المقتول حرا مسلما فليس فيه اختلاف سواء كان المدعى مسلما أو كافرا لقصة عبد الله بن سهل وأما ان كان المقتول كافرا أو عبدا أو كان قاتله ممن يجب عليه القصاص بقتله وهو المماثل له فى حاله أو دونه ففيه القسامة وهذا قول الشافعى واصحاب الرأى . وقال الزهرى ومالك والأوزاعى لا قسامة فى العبد لأنه مال فلم يجب فيه كالبهيمة ولنا انه قتل موجبه القصاص فأوجب القسامة كقتل الحر بخلاف البهيمة فانه لا قصاص فيها ويقسم على العبد سيده لأنه المستحق لدمه وأم الولد والمدبر والمكاتب والمعلق عتقه بصفة كالقن وان كان القتل ممن لا قصاص عليه كالمسلم يقتل كافرا والحر يقتل عبدا فقال القاضى فيهما القسامة وهو المذهب وهو قول الشافعى وأصحاب الرأى لأنه قتل آدمى يوجب الكفارة فشرعت القســـامة فيه كقتل الحر ولأن ما كان حجة فى قتل الحر المسلم كان حجة فى قتل العبد والكافر وظاهر الخرقى لا قسامة فيه لأنها عنده لا تشرع الا فيما يوجب القصاص على ما يأتى وهو قول مالك لأنه قتل لا يوجب القصاص فأشبه قتل البهيمة

[فائدة] المحجور عليه لسفه أو فلس كغير المحجور عليـه فى دعوى القتل والدعوى عليه الا انه اذا أقر بمال أو لزمته الدية بالنـكول عن اليمين لم يلزمه فى حال حجره لأن اقراره بالمال فى الحال غير مقبول بالنسبة إلى أخذ شيء من ماله فى الحال

[فائدة] لو جرح مسلم فارتد ومات على الردة فلا قسامة فيه لأن نفسه غير مضمونة ولا قسامة فيما دون النفس وان مات مسلما فارتد وارثه قبل القسامة فقال أبو بكر ليس له أن يقسم وان أقسم له لم يصح لأن ملـكه يزول عن ماله وحقوقه فلا يبقى مستحقا للقسامة وهذا قول المزنى لأن المرتد قد أقدم على الـكفر فلا يستحق بيمينه دم مسلم ، وقال القاضى الاولى أن تعرض عليه القسامة فان أقسم وجبت الدية وهذا قول الشافعى قال الشارح والصحيح ان شاء الله ما قاله أبو بكر ونصره

الظاهرة [١] كنحو ما كان بين الأنصار وأهل خيبر وكما بين القبائل التى يطلب بعضها بعضا بثار فى ظاهر المذهب وعنه انه ما يغلب على الظن صحة الدعوى به [٢]

على قوله « فأما الجراح فلا قسامة فيه » * لا قسامة فيما دون النفس من الأطراف والجراح لا نعلم فيه خلافا وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعى لأن القسامة تثبت فى النفس لحرمتها وحكم الدعوى فيه حكم الدعوى فى سائر الحقوق ، « البينة على المدعى واليمين على من أنكر »

(١) قوله « الثانى اللوث الخ » وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب وهو من مفردات المذهب نص عليه وكما بين الشرطة واللصوص وكل من بينه وبين المقتول ضغن يغلب على الظن انه قتله نقل مهنا عن أحمد فيمن وجد قتيلا فى المسجد الحرام ينظر من بينه وبينه فى حياته شىء — يعنى ضغنا — يؤخذون به ولا يشترط مع العداوة أن لا يكون فى الموضع الذى به القتل غير العدو نص عليه ونصره المؤلف لأنه عليه الصلاة والسلام لم يسأل الانصار هل كان بخيبر غير اليهود أم لا مع أن الظاهر وجود غيرهم فيها لأنها كانت أملاكا للسلمين وشرطه القاضى وهذا مذهب الشافعى لان الانصارى قتل بخيبر ولم يكن بها الا اليهود وهم أعداء ثم ناقض القاضى قوله بأن قال فى قوم ازدحموا فى مضيق وتفرقوا عن قتيل فقال ان كان فى القوم من بينه وبينه عداوة وأمكن أن يكون قتله فهو لوث فجعل العداوة لوثا مع وجود غير العدو

(٢) قوله « وعنه ما يدل الخ » اختار هذه الرواية أبو محمد الجوزى وابن رزين والشيخ تقى الدين وغيرهم قال فى الانصاف وهو الصواب فاذا تفرق جماعة عن قتيل كان ذلك لوثا فى حق كل واحد منهم فان ادعى الولى على واحد فانكر كونه مع الجماعة فالقول قوله مع يمينه ذكره القاضى وهو مذهب الشافعى لان الاصل عدم ذلك الا أن يثبت ببينة واذا ازدحم الناس فى مضيق فوجد بينهم قتيل فظاهر كلام أحمد ان هذا ليس بلوث فانه قال فيمن مات فى الزحام يوم الجمعة فديته فى بيت المال وهذا قول اسحاق وروى ذلك عن عمر وعلى فان سعيدا روى فى سننه عن ابراهيم قال قتل رجل فى زحام الناس بعرفة فجاء أهله الى عمر فقال بينتكم على من قتله فقال على يا أمير المؤمنين لا يطل دم امرىء مسلم ان علمت قاتله والا فاعط ديته من بيت المال وقال أحمد فيمن وجد مقتولا فى المسجد الحرام ينظر من كان بينه وبينه شىء فى حياته يعنى عداوة فلم يجعل الحضور لوثا وانما جعل اللوث =

كتفرق جماعة عن قتيل ووجود قتيل عند من معه سيف ملطخ بدم وشهادة

= العداوة وقال الحسن والزهرى فيمن مات فى الزحام ديته على من حضر لان قتله حصل منهم وقال دمه هدر لانه لا يعلم له قاتل ولا وجد لوث فيحكم بالقسامة وقد روى عن عمر بن عبد العزيز انه كتب اليه فى رجل وجد قتيلا لم يعرف قاتله فكتب اليهم ان من القضايا قضايا لا يحكم فيها الا فى الدار الآخرة وهذا منها ، وأما اذا وجد قتيل لا يوجد بقربه الا رجل معه سيف أو سكين ملطخ بدم ولا يوجد غيره ممن يغلب على الظن قتله مثل أن يرى رجلا هاربا يحتمل انه القاتل أو سبعا يحتمل ذلك فيه وأما اذا اقتتل فئتان فافترقا عن قتيل من إحداهما فاللوث على الاخرى ذكره القاضى فان كانوا بحيث لا يصل بعضهم سهام بعض فاللوث على طائفة القتيل وهـــذا قول الشافعى وروى عن أحمد ان عقل القتيل على الذين نازعوهم فيما اذا اقتتلت الفئتان الا أن يدعوا على واحد بعينه وهذا قول مالك وقال ابن أبى ليلى عقله على الفريقين جميعا لانه يحتمل انه مات من فعل أصحابه فاستوى الجميع فيه ، وعن أحمد فى قوم اقتتلوا فقتل بعضهم وجرح بعض فدية المقتولين على المجروحين يسقط منها دية الجراح قال احمد قضى به على رواه احمد . وان كان فيهم من لا جرح فيه فهل عليه من الديات شىء فيه وجهان . قال المصنف والصواب أن من لا جرح فيه يشارك فى الدية ، وأما اذا شهد بالقتل عبيد أو نساء ففيه عن أحمد روايتان احداهما انه لوث لانه يغلب على الظن صدق المدعى فاشبه العداوة والثانية ليس بلوث لانها شهادة مردودة فلم يكن لوث كما لو شهد به كفار وان شهد به فساق أو صبيان ففيه وجهان أحدهما ليس بلوث لانه لا يتعلق بشهادتهم حكم فلا يثبت اللوث بها كشهادة الاطفال والمجانين والثانى يثبت بها اللوث لانها شهادة يغلب على الظن صدق المدعى وهذا مذهب الشافعى ، ويعتبر ان يجىء الصبيان متفرقين لئلا يتطرق اليهم التواطؤ على الكذب

[فائدتان] اذا شهد رجلان على رجل أنه قتل أحـــد هذين القتيلين لم تثبت هذه الشهادة ولم يكن لوثاً عند أحد علمنا قوله ، وان شهد ان هذا القتيل قتله أحد هذين الرجلين أو شهد أحدهما ان هـــذا قتله وشهد الآخر انه أقر بقتله أو شهد أحدهما انه قتله بسيف وشهد الآخر أنه قتله بسكين لم تكمل الشهادة ولم يكن لوثا هذا قول القاضى واختياره والمنصوص عن أحمد فيما إذا شهد أحدهما بقتله والآخر =

جماعة ممن لا يثبت القتل بشهادتهم كالنساء والصبيان ونحو ذلك فاما قول القتيل فلان قتلني فليس بلوث[1] ومتى ادعى القتل مع عدم اللوث عمدا فقال الخرقي لا يحكم له بيمين ولا غيرها[2] وعن احمد انه يحلف يميناً واحدة وهي الأولى

= بالاقرار بقتله انه يثبت القتل واختاره أبو بكر وفيما اذا شهد أحدهما أنه قتله بسيف وشهد الآخر انه قتله بسكين لانهما اتفقا على القتل واختلفا في صفته ، وقال الشافعي هو لوث في هذه الصور في أحد القولين وفي الصورتين اللتين قبلها هو لوث لأنها شهادة يغلب على الظن صدق المدعي ، ولنا انها شهادة مردودة للاختلاف فيها

(الثانية) ليس من شرط اللوث أن يكون بالقتيل أثر وبهذا قال مالك والشافعي وعن أحمد يشترط وهو قول حماد وأبي حنيفة

(١) قوله « فأما قول القتيل الخ » وهذا المذهب وهو قول أكثر أهل العلم منهم الثوري والأوزاعي وأصحاب الرأي ، وقال مالك والليث هو لوث لأن قتيل بني اسرائيل قال قتلني فلان فكان حجة ، ولنا قوله ﷺ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم ونقل الميموني اذهب الى القسامة إذا كان ثم لطخ اذا كان ثم سبب اذا كان ثم عداوة اذا كان مثل المدعى عليه يفعل مثل هذا

(٢) قوله « ومتى ادعى القتل الخ » اذا ادعى القتل مع عدم اللوث لم يخل من حالين أحدهما اذا وجد قتيل في موضع فادعى أولياؤه قتله على رجل أو جماعة ولم تكن بينهم عداوة ولا لوث فهي كسائر الدعاوى ان كانت لهم بينة حكم لهم بها والا فالقول قول المنكر وبهذا قال مالك والشافعي وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة وأصحابه اذا ادعى أولياؤه قتله على أهل المحلة أو على معين فللولي أن يختار من الموضع خمسين رجلا يحلفون خمسين يمينا بالله ما قتلنا ولا نعلم قاتلا فان نقصوا عن الايمان كررت الايمان عليهم حتى تتم فاذا حلفوا وجبت الدية على باني الخطة فان لم يكن وجبت على سكان الموضع فان لم يحلفوا حبسوا حتى يحلفوا أو يقروا لما روى أن رجلا وجد قتيلا بين حيين فحلفهم عمر رضي الله عنه خمسين يمينا وقضى بالدية على أقرب الحيين فقالوا والله ماوفت ايماننا أموالنا ولا أموالنا أيماننا فقال عمر حقنتم بأموالكم. ونقل حنبل اذهب الى حديث عمر قيسوا ما بين الحيين =

وإن كان خطأ حلف يمينا واحدة . الثالث اتفاق الاولياء فى الدعوى فان ادعى بعضهم وأنكر بعض لم تثبت القسامة . الرابع أن يكون فى المدعين رجال عقلاء(١) ولا مدخل للنساء والصبيان والمجانين فى القسامة عمدا كان القتل أو

= فالى ايهما كان أقرب فخذوهم به فقالوا يا أمير المؤمنين أتغرمنا وتحلفنا قال نعم ولنا حديث عبد الله بن سهل وقوله عليه الصلاة والسلام « لو يعطى الناس بدعواهم » الخبر

[فائدة] لا تسمع الدعوى على غير معين ، فلو كانت الدعوى على أهل مدينة أو محلة أو واحد غير معين أو جماعة منهم بغير أعيانهم لم تسمع وبهذا قال الشافعى وقال أصحاب الرأى تسمع ويستحلف خمسون منهم ، الحال الثانى أنه اذا ادعى القتل ولم تكن عداوة ولا لوث فانه لا يحكم على المدعى عليه بيمين فى احدى الروايتين ويخلى سبيله هذا الذى ذكره الخرقى وسواء كانت الدعوى عمداً أو خطأ والثانية يستحلف وهو المذهب لعموم قوله ﷺ اليمين على المدعى عليه وهذا قول الشافعى وتكون اليمين واحدة وعنه خمسون يمينا فان نكل المدعى عليه عن اليمين لم يجب القصاص بغير خلاف فى المذهب وقال أصحاب الشافعى ان نكل المدعى عليه ردت اليمين على المدعى فحلف خمسين يمينا واستحق القصاص أو الدية ان كانت الدعوى عمدا موجبا للقتل لأن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة أو القصاص . ولنا أن القتل لم يثبت ببينة ولا اقرار ولم يعضده لوث فلم يجب القصاص كما لو لم ينكل

(١) قوله « الرابع ان يكون الخ » وهذا المذهب وعليه الاصحاب وقطعوا به وهو من مفردات المذهب ، فأما الصبيان فلا خلاف بين أهل العلم أنهم لا يقسمون سواء كانوا من الأولياء أو مدعى عليهم ، وأما النساء فاذا كن من أهل القتيل لم يستحلفن وبه قال ربيعة والثورى والليث والأوزاعى ، وقال مالك لهن مدخل فى قسامة الخطأ دون العمد ، وقال الشافعى يقسم كل وارث بالغ لأنها يمين فى دعوى فتشرع فى حق النساء كسائر الايمان . ولنا قوله ﷺ « يقسم خمسون رجلا منكم وتستحقون دم صاحبكم » ولأنها حجة يثبت بها قتل العمد فلا تسمع من النساء كالشهادة واما ان كانت المرأة مدعى عليها القتل فان قلنا يقسم من العصبة رجال لم تقسم المرأة أيضاً لأن ذلك مختص بالرجال وان قلنا يقسم المدعى عليه فينبغى أن تستحلف لأنها لا تثبت بقولها حقا ولا قتلا وانما هى لتبرئتها منه فتشرع فى حقها اليمين فعلى المذهب ان كان فى الأولياء نساء أقسم الرجال فقط فان كان الجميع نساء فهو كما لو نكل الورثة وقال ابن عقيل للنساء مدخل فى القسامة فى قتل الخطأ

خطأ ، فان كانا اثنين أحدهما غائب أو غير مكلف فللحاضر المكلف ان يحلف ويستحق نصيبه من الدية[١] وهل يحلف خمسين أو خمسا وعشرين ؟ على وجهين[٢] وإذا قدم الغائب أو بلغ الصبي حلف خمسا وعشرين وله بقيتها . والاولى عندى انه لا يستحق شيئا حتى يحلف الآخر وذكر الخرقى من شروط القسامة ان تكون الدعوى عمدا توجب القصاص اذا ثبت القتل[٣] وان

[فائدة] لا مدخل للخنثى فى القسامة على الصحيح من المذهب

[فائدة] اذا أقام المدعى عليه القتل بينة انه كان يوم القتل فى بلد بعيد من بلد المقتول لا يمكن المدعى عليه مجيئه اليه أى إلى بلد المقتول فى يوم واحد بطلت الدعوى لعدم امكان القتل

(١) قوله « فان كانا اثنين الخ » هذا المذهب لأن القسامة حق له ولغيره فقيام المانع بصاحبه لا يمنع استحقاقه نصيبه كالمال المشترك بينهما ، وقال المصنف هنا والأولى عندى انه لا يحلف شيئا حتى يحلف الآخر فلا قسامة إلا بعد أهلية الآخر ومحل الخلاف فى غير العمد

(٢) قوله « وهل يحلف الخ » يعنى إذا قلنا يحلف ويستحق نصيبه ، أحدهما يحلف خمسين يمينا اختاره أبو بكر فى الخلاف وجزم به فى المنور ومنتخب الأدمى وهو مذهب الشافعى لأن الحكم لا يثبت الا بالبينة الكاملة والبينة هنا هى الايمان والثانى يحلف بقسطه اختاره ابن حامد وجزم به فى الوجيز . قلت وجزم به فى الاقناع قال فى المبدع وهو أشهر لانه لو كان الجميع حاضرين لم يلزمه أكثر من قسطه من الايمان فكذا مع المانع ، ومحل الخلاف اذا كان القتل خطأ أو شبه عمد فأما ان كان عمدا لم تثبت القسامة حتى يحضر الغائب ويبلغ الصبى ويعقل المجنون ، ويشترط أن لا يكون للمدعين بينة فان كان حكم لهم بها ولا قسامة

(٣) قوله « وذكر الخرقى من شروط القسامة الخ » ظاهر كلام الخرقى فى القسامة أن تكون الدعوى عمدا ومال اليه المصنف لأن اللوث من شروطها وفاقاً ولا يتحقق الا فى العمد لأن الخطأ يصدر عن غير قصد وقال غيره ليس بشرط وهو المذهب قال الزركشى لم أر الاصحاب عرجوا على كلام الخرقى قال الشارح وعند غير الخرقى من أصحابنا تجزىء القسامة فيما لا قود فيه فيجوز أن يقسموا على جماعة

تـكون الدعوى على واحد(١) وقال غيره ليس بشرط لـكن ان كانت الدعوى عمدا محضا لم يقسموا الا على واحد معين ويستحقون دمه وإن كانت خطأ أو شبه عمد فلهم القسامة على جماعة معينين ويستحقون الدية

= وهذا قول مالك والشافعى لأن القسامة حجة فوجب أن يثبت بها الخطأ كالعمد فعلى هذا اذا ادعى على رجلين على أحدهما لوث دون الآخر حلف على من عليه اللوث خمسين يمينا واستحق الدية عليه وحلف الآخر يمينا واحـدة وبرىء وان نـكل عن اليمين فعليه نصف الدية وان ادعى على ثلاثة عليهم لوث ولم يحضر الا أحدهم حلف على الحاضر منهم خمسين يمينا واستحق ثلث الدية فإذا حضر الثـانى ففيه وجهان أحدهما يحلف خمسين أيضا ويستحق ثلث الدية فاذا حضر الثانى ففيه وجهان احدهما يحلف خمسين ايضا ويستحق ثلث الدية والثانى يحلف خمساً وعشرين واذا قدم الثانى فالخلاف وان حضروا جميعا حلف عليهم خمسين يمينا واستحق الدية عليهم اثلاثا

(١) قوله «وان تـكون الدعوى على واحد» اذا كانت الدعوى عمدا محضا لم يقسموا الا على واحد معين ويستحقون دمه وهذا بلا نزاع قال الشارح لا يختلف المذهب انه لا يستحق القسامة أكثر من قتل واحد وبهذا قال الزهرى ومالك وبعض أصحاب الشافعى ، وقال بعضهم يستحق بها قتل الجماعة لأنهـا بينة موجبة للقود فاستوى فيها الواحد والجماعة كالبينة وقول أبى ثور نحو هذا . ولنا قوله ﷺ «يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع اليكم برمته» فخص بها الواحد ولأنها بينة ضعيفة خولف بها الاصل فى قتل الواحد فيقتصر عليه وتبقى على الاصل وأما ان كانت الدعوى خطأ أو شبه عمد قال فى الانصاف فالصحيح من المذهب والروايتين ليس لهم القسامة ولا تشرع على أكثر من واحد وعليه جماهير الأصحاب منهم الخرقى والقاضى وجماعة من أصحابه كالشريف وأبى الخطاب والشيرازى وابن البنا وابن عقيل وغيرهم وجزم به فى الوجيز والمنور ومنتخب الأدمى وغيرهم وقدمه فى المحرر والنظم والحاوى الصغير والفروع وغيرهم ، وعنه لهم القسـامة على جماعة معينين ويستحقون الدية وهو الذى قاله المصنف هنـــا وجزم به فى الهداية والمذهب والمستوعب والخلاصة وقدمه فى الرعايتين وظاهر كلام المصنف هنا ان غير الخرقى ما قال ذلك وتابعه الشارح وابن منجا وليس الامر كذلك فقد ذكرنا عن غيره =

فصل

ويبدأ فى القسامة بايمان المدعين[1] فيحلفون خمسين يميناً ويختص ذلك

= الخرقى من اختار ذلك انتهى قلت والذى جزم به فى الاقناع ان لهم القسامة فى الخطأ كالعمد لان الخطأ أحد القتلين أشبه العمد ويقسمون على واحد معين كالعمد وهو معنى ما جزم به فى الانصاف

(١) قوله « ويبدأ فى القسامة الخ » هذا المذهب فان لم يحلفوا حلف المدعى عليه خمسين يمينا وبرىء. وهذا قول يحي بن سعيد وربيعة وأبى الزناد والليث ومالك والشافعى وقال الحسن يستحلف المدعى عليهم أولا خمسين يمينا ويبرأون فان أبوا أن يحلفوا استحلف خمسون من المدعين ان حقنا قبلكم ثم يعطون الدية لقوله عليه السلام « ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم وقال الشعبى والنخعى والثورى وأصحاب الرأى يستحلف خمسون رجلا من أهل المحلة التى وجد فيها القتيل تالله ما قتلنا ولا نعلم قاتلا ويغرمون الدية لقضاء عمر رضى الله عنه بذلك ولم نعرف له فى الصحابة مخالفا فيكون إجماعا وتكلموا فى حديث سهل بما روى أبو داود عن محمد بن ابراهيم بن الحارث التيمى عن عبد الرحمن بن نجيد بن قبطى أحد بنى حارثة قال محمد بن ابراهيم وايم الله ماكان سهل بأعلم منه ولكنه كان أسن منه قال والله ما قال رسول الله ﷺ احلفوا على ما لا علم لكم به ولكنه كتب إلى يهود حين كلمته الانصار انه وجد بين أبياتكم قتيل فدوه فكتبوا يحلفون بالله ماقتلوه ولايعلمون له قاتلا فوداه رسول الله ﷺ من عنده . ولنا حديث سهل وهو متفق عليه ورواه مالك فى موطئه وعمل به وما عارضه من الحديث لايصح لوجوه أحدها انه نفى فلا يرد به قول المثبت، والثانى ان سهلا من أصحاب رسول ﷺ شاهد القصة وعرفها حتى انه قال فركضتنى ناقة من تلك الابل والآخر يقول برأيه وظنه من غير أن يرويه عن أحد ولا حضر القصة ، الثالث انهم لا يعملون بحديثهم ولا حديثنا فكيف يحتجون بما هو حجة عليهم فيما خالفوه فيه وأما حديث اليمين على المدعى عليه فالمراد غير هذه القضية بدليل ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا فان البينة على المدعى واليمين على من أنكر الا فى القسامة رواه الدارقطنى من رواية مسلم بن خالد الزنجى وذكر أنه روى مرسلا وروى أيضاً بإسناد فيه ضعف عن أبى هريرة مرفوعا كذلك وهذه الزيادة يتعين العمل بها

بالوارث[١] وتقسم الايمان بين الرجال منهم على قدر ميراثهم فان كان الوارث واحدا حلفها وان كانوا جماعة قسمت عليهم على قدر ميراثهم فان كان فيها كسر جبر عليهم مثل زوج وابن يحلف الزوج ثلاثة عشر يمينا والابن ثمانية وثلاثين وان خلف ثلاثة بنين حلف كل واحد سبع عشرة يمينا ، وعنه يحلف من العصبة الوارث منهم وغير الوارث خمسون رجلا كل واحد يمينا[٢] وان لم يحلفوا حلف المدعى عليه خمسين يمينا وبرىء[٣] وان لم يحلف المدعون ولم

---

(١) قوله « ويختص ذلك بالوارث » يعنى العصبة على ما تقدم وهذا المذهب نص عليه وعليه أكثر الأصحاب وهو قول الشافعى لأنها ايمان فى دعوى فلم تشرع فى حق غير الوارث كسائر الأيمان

(٢) قوله « وعنه يحلف من العصبة الخ » هذا قول لمالك ونصرها جماعة من الاصحاب منهم الشريف وأبو الخطاب والشيرازى وابن البنا لقوله عليه الصلاة والسلام يحلف خمسون منكم مع علمه انه لم يكن لعبد الله بن سهل خمسون رجلا وارثا لانه لا يرثه الا اخوه أو من هو فى درجته أو أقرب منه نسبا ولانه خاطب ابنى عمه وهما غير وارثين فعلى هذه الرواية يحلف الوارث منهم الذين يستحقون دمه فان لم يبلغوا يؤخذ بالاقرب فالاقرب من قبيلته التى ينتسب اليها

[فائدتان] اذا مات المستحق فوارثه كهو على الصحيح من المذهب ويستأنف وارثه الايمان سواء حلف قبل موته شيئا أو لا

(الثانية) اذا حلف الاولياء استحقوا القود إذا كانت الدعوى عمدا الا ان يمنع مانع روى ذلك عن ابن الزبير وعمر بن عبد العزيز وبه قال مالك وأبو ثور وابن المنذر وعن معاوية وابن عباس والحسن واسحق لا يجب بها الا الدية لقوله عليه الصلاة والسلام لليهود « اما ان تدوا صاحبكم واما أن تؤذنوا بحرب من الله » ولأن ايمان المدعين انما هى لغلبة الظن فلا يجوز اشاطة الدم بها . وللشافعى قولان كالمذهبين ولنا قوله ﷺ « يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع اليكم برمته » وفى رواية لمسلم ويسلم اليكم وفى لفظ وتستحقون دم صاحبكم ولأنها حجة يثبت بها العمد فيجب بها القتل كالبينة وقد روى الأثرم بإسناده عن عامر الاحول أن النبى ﷺ أقاد بالقسامة فى الطائف وهذا نص

(٣) قوله « فان لم يحلفوا الخ » وكذلك ان كانوا نساء وهذا المذهب وهذا

يرضوا بيمين المدعى عليه فداه الامام من بيت المال(١) وان طلبوا ايمانهم فنكلوا لم يحبسوا وهل تلزمهم الدية أو تكون فى بيت المال؟ على روايتين(٢)

كتاب الحدود

لا يجب الحد الا على بالغ عاقل(٣) عالم

=قول يحي الأنصارى وربيعة وابن الزناد والليث والشافعى، وعن أحمد يحلفون ويغرمون الدية لقضية عمر وخبر سليمان بن يسار وهو قول أصحاب الرأى. ولنا قوله ﷺ فتبرئكم يهود بايمان خمسين وقد ثبت انه ﷺ لم يغرم اليهود وأنه أداها من عنده. ويعتبر حضور المدعى عليه وقت يمينه كالبينة وحضور المدعى ذكره المؤلف

(١) قوله «وان لم يحلف الخ» هذا بلا نزاع لقصة عبد الله بن سهل

(٢) قوله «وهل تلزمهم الدية الخ» يعنى اذا نكلوا وقلنا انهم لا يحبسون احداهما تلزمهم الدية وهو المذهب لأنه حكم ثبت بالنكول فيثبت فى حقهم كسائر الدعاوى

[فائدة] سأله ابن منصور عن قتيل بين قريتين قال هذا قسامة قال المروذى احتج أحمد بأن عمر جعل الدية على أهل القرية ونقل حنبل اذهب الى حديث عمر قيسوا ما بين الحيين فإلى ايهما كان أقرب فخذهم به وعن أبى سعيد الخدرى قال وجد قتيل بين قريتين فأمر النبى ﷺ فذرع ما بينهما فوجد إلى أحدهما أقرب فكأنى أنظر إلى شبر النبى ﷺ فالقاه على أقربهما رواه أحمد فى مسنده

(٣) قوله «ولا يجب الحد إلا على بالغ عاقل» لا خلاف فى اعتبارهما فى وجوب الحد وصحة الاقرار لأنهما قد رفع القلم عنهما لقوله ﷺ رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ رواه أبو داود والترمذى وقال حسن صحيح، وفى حديث ابن عباس رضى الله عنهما فى قصة ماعز ان النبى ﷺ سأل قومه أمجنون هو قالوا ليس به باس وروى ان النبى ﷺ قال له حين أقر عنده أبك جنون وروى أبو داود بإسناده قال أتى عمر بمجنونة قد زنت فاستشار فيها ناسا فأمر بها عمر أن ترجم فمر بها على بن أبى طالب فقال ماشأن هذه قال مجنونة آل فلان زنت فأمر بها عمر ان ترجم فقال ارجعوا بها ثم أتاه فقال=

بالتحريم[١]، ولا يجوز أن يقيم الحد إلا الامام أو نائبه[٢]، إلا السيد فان له إقامة الحد بالجلد خاصة على رقيقه القن[٣] وهل له القتل فى الردة والقطع

= ياأمير المؤمنين أما علمت ان القلم قد رفع عن ثلاثة عن المجنون حتى يبرأ وعن النائم حتى يستيقظ وعن الصبى حتى يعقل قال فما بال هـــذه قال لا شىء قال فارسلها فارسلها قال فجعل عمر يكبر

[فائدتان] لا يجب على النائم لما ذكرنا من الحديث فلو زنى بنائمة أو استدخلت المرأة ذكر نائم أو وجد منه الزنا حال نومه فلا حد عليه، ولو أقر حال نومه لم يلتفت الى إقراره لأن كلامه ليس بمعتبر

(الثانية) إذا كان يجن مرة ويفيق أخرى فأقر فى إفاقته أنه زنى وهو مفيق أو قامت عليه بينة أنه زنى فى افاقته فعليه الحد لا نعلم فيه خلافا وبه قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى

(١) قوله « عالم بالتحريم » وبه قال عمر وعثمان وعلى رضى الله عنهم وبه قال عامة اهل العلم وقد روى سعيد بن المسيب قال ذكرنا الزنا بالشام فقال رجل زنيت البارحـــة قالوا ما تقول قال ما علمت ان الله حرمه فكتب بها إلى عمر فكتب ان كان يعلم ان الله حرمه فحدوه وان لم يكن علم فاعلموه فان عاد فارجموه. وسواء جهل تحريم الزنا او تحريم عين المرأة مثل ان يزف اليه غير امرأته فيظنها امرأته او يدفع اليه جارية فيظنها جاريته فيطأها

(٢) قوله « ولا يجوز أن يقيم الحد الخ » هذا المذهب بلا ريب من حيث الجملة وعليه الاصحاب لانه حق لله تعالى فيفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن من استيفائه الحيف فوجب تفويضه إلى نائب الله تعالى فى خلقه ولأنه ﷺ كان يقيم الحد فى حياته وخلفاؤه من بعده ولا يلزم حضور الامام إقامته لقوله ﷺ اغد يا أنيس الخبر واختار الشيخ تقى الدين انه لا يجوز إلا لقرينة كتطلب الامام له ليقتله فيجوز لغير الامام أو نائبه قتله وقيل يقيم الحد ولى المرأة فعلى المذهب لو خالف وفعل لم يضمنه نص عليه

(٣) قوله « إلا السيد الخ » يعنى السيد المكلف وهذا المذهب وهو قول اكثر العلماء روى نحو ذلك عن على وابن مسعود وابن عمر وأبى حميد وابى أسيد الساعديين وفاطمة بنت النبى ﷺ وعلقمة والأسود والحسن والزهرى ومالك =

فى السرقة ؟ على روايتين(١) ولا يملك اقامته على مكاتبه(٢) ولا على من بعضه حر(٣) ولا أمته المزوجة(٤) وان كان السيد فاسقا أو امرأة فله اقامته

= والثورى والشافعى وأبى ثور وابن المنذر قال ابن أبى ليلى أدركت بقايا الأنصار يجلدون ولائدهم فى مجالسهم الحدود إذا زنوا وعن الحسن بن محمد ان فاطمة حدت جارية لها زنت وعن ابراهيم ان علقمة والاسود كانا يقيمان الحدود على من زنا من خدم عشائرهم روى ذلك سعيد فى سننه وقال أصحاب الرأى ليس له ذلك لأن الحدود إلى السلطان ولنا ما تقدم ولما روى أبو هريرة ان النبى ﷺ قال إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها الحد ولا يثرب عليها متفق عليه، وعن على مرفوعا أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم رواه أحمد وأبو داود والدارقطنى

[تنبيه] مفهوم كلامه انه ليس لغير السيد اقامة الحد وهو المذهب وعليه جماهير الأصحاب وقيل للوصى اقامته على رقيق موليه

(١) **قوله** « وهل له القتل الخ » احداهما ليس له ذلك وهو المذهب قال الشارح هذا قول أكثر أهل العلم وصححه المصنف والشارح وعنه له ذلك صححه فى التصحيح وتصحيح المحرر وجزم به فى الوجيز وهو ظاهر مذهب الشافعى لعموم قوله ﷺ أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم ولان عمر قطع عبداً له سرق ، وحفصة قتلت أمة لها سحرتها ووجه الأول انه عليه الصلاة والسلام أمر بالجلد فلا يثبت فى غيره ولأن فى الجلد سترا على رقيقه كيلا يفتضح باقامة الامام له فتنقص قيمته وذلك منتف فيهما

(٢) **قوله** « ولا يملك إقامته على مكاتبه » هذا أحد الوجهين اختاره المصنف وابن عبدوس وجزم به فى الوجيز وغيره لأنه معه كالأجنبى. والوجه الثانى له اقامته عليه وهو المذهب قدمه فى الفروع لانه عبد

(٣) **قوله** « ولا على من بعضه حر » أى لأنه لا ولاية له على كله

(٤) **قوله** « ولا أمته المزوجة » وهذا المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب وقيل له اقامته عليها صححه الحلوانى وبه قال مالك والشافعى لعموم الخبر ولأنه مختص بملكها وانما ملك الزوج بعض نفعها ونقل مهنا ان كانت ثيبا ولنا ما روى عن ابن عمر قال إذا كانت الأمة ذات زوج رفعت الى السلطان وان لم يكن لها زوج جلدها سيدها نصف ما على المحصن ولا نعرف له مخالفا فى عصره ولأن نفعها مملوك لغيره مطلقا اشبهت المشتركة

فى ظاهر كلامه[١] ويحتمل ان لا يملكه ولا يملكه المكاتب[٢] ويحتمل ان يملكه وسواء ثبت ببينة أو إقرار[٣] وإن ثبت بعلمه فله اقامته نص عليه[٤] ويحتمل ان لا يملكه كالامام. ولا يقيم الامام الحد بعلمه[٥] ولا يقيم الحدود فى

---

(١) قوله «وان كان السيد فاسقا الخ» وهو المذهب لأنها ولاية استفادها بالملك فلم ينافها الفسق كبيع العبد ولأن فاطمة حدت أمة لها وعائشة قطعت أمة لها سرقت وحفصة قتلت أمة سحرتها

(٢) قوله «ولا يملكه المكاتب» هذا المذهب لأنه ليس من أهل الولايات

(٣) قوله «وسواء ثبت الخ» اذا ثبت باعتراف فللسيد إقامته ان كان يعرف الاعتراف الذى ثبت به الحد وشروطه، واما البينة فان لم يعلم شروطها فليس له اقامته قولا واحدا وان علم شرط سماعها فله اقامته وهو أحد الوجهين جزم به المصنف هنا وجزم به فى الوجيز وهذا ظاهر نص الشافعى

(٤) قوله «وان ثبت بعلمه الخ» هذا المذهب نص عليه لأنه قد ثبت عنده فملك اقامته كما لو أقر به، وعنه لا يقيمه بعلمه وهو قول مالك لأن الامام لا يقيمه بعلمه فالسيد أولى وولاية الامام للحد أقوى من ولاية السيد وهذا اختيار القاضى وصححه ابن رزين

(٥) قوله «ولا يقيم الامام الخ» هذا المذهب وعليه الأصحاب وروى ذلك عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه وبه قال مالك وأصحاب الرأى وهو أحد قولى الشافعى وقال فى الآخر له اقامته بعلمه وهو قول أبى ثور لأنه إذا جازت له اقامته بالبينة والاعتراف الذى لا يفيد الا الظن فبما يفيد العلم أولى ووجه فى الفروع تخريجا من كلام الشيخ تقى الدين جواز اقامته بعلمه ولنا قوله تعالى ﴿فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ وقال سبحانه ﴿فإذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون﴾ ولأنه متهم فى حكمه بعلمه وذلك شبهة يدرأ بها الحد

[فائدة] نقل الميمونى وجوب بيع رقيق اذا زنى فى رابعة قال الشيخ تقى الدين ان عصى الرقيق علانية أقام السيد عليه الحد وان عصى سراً فينبغى أن لا يجب عليه اقامته بل يتخير بين ستره واستتابته بحسب المصلحة فى ذلك كما يخير الشهود على اقامة الحد عند الامام وبين الستر على المشهود عليه واستتابته بحسب =

المساجد(١) ويضرب الرجل فى الحد قائما بسوط لا جديد ولا خلق(٢) ولا يمد ولا يربط ولا يجرد بل يكون عليه القميص والقميصان ولا يبالغ فى ضربه بحيث يشق الجلد ويفرق الضرب على أعضائه الا الرأس والوجه والفرج وموضع المقتل والمرأة كذلك الا أنها تضرب جالسة ويشد عليها ثيابها وتمسك يداها لئلا تنكشف . والجلد فى الزنا أشد الجلد ثم جلد القذف ثم الشرب ثم التعزير . وان رأى الامام الضرب فى حد الخمر بالجريد والنعال فله ذلك(٣) ، قال أصحابنا ولا يؤخر الحد للمرض (٤) وإن كان جلد أو خشى عليه من السوط أقيم باطراف الثياب والعثكول(٥) ويحتمل ان يؤخر

= المصلحة فان ترجح عندهم انه يتوب ستروه وان كان فى ترك الحد عليه ضرر للناس كان الراجح رفعه الى الامام

(١) قوله « ولا تقام الحدود فى المساجد » يحتمل أنه أراد التحريم قال فى الانصاف وهو الصواب وجزم به ابن تميم وغيره وقال ابن عقيل وغيره لما روى حكيم بن حزام أن النبى ﷺ نهى أن تقام الحدود فى المساجد وقيل يكره ولا يحرم

(٢) قوله « ويضرب الرجل الخ » هذا المذهب وعليه الاصحاب وبه قال أبو حنيفة والشافعى ، وعنه يضرب جالسا وهو قول مالك فعليها يضرب الظهر وما قاربه ، ولنا انه قول على لان قيامه وسيلة الى اعطاء كل عضو حظه من الضرب

(٣) قوله « وان رأى الامام الخ » هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال أتى النبى ﷺ برجل قد شرب فقال اضربوه قال أبو هريرة فمنا الضارب بيده والضارب بنعله والضارب بثوبه رواه أبو داود

(٤) قوله « قال أصحابنا الخ » هذا المذهب نص عليه وعليه أكثر الأصحاب وهو من مفردات المذهب وبه قال اسحاق وأبو ثور لأن عمر رضى الله عنه أقام الحد على قدامة بن مظعون فى مرضه ولم يؤخره وانتشر ذلك فى الصحابة ولم ينكروه فكان اجماعا ولأن الحد واجب على الفور فلا يؤخر ما أوجبه الله تعالى بغير حجة

(٥) قوله « فان كان جلد أو خشى عليه الخ » هذا المذهب وقال الشارح فان كان المرض لا يرجى برؤه فهذا يقام عليه الحد فى الحال ولا يؤخر بسوط يؤمن معه التلف كالقضيب الصغير وشمراخ النخل فان خيف عليه من ذلك جمع ضغث فيه =

فى المرض المرجو زواله[١] واذا مات المحدود فى الجلد فالحق قتله[٢] وان

ـــ مائة شمراخ فضرب به ضربة واحدة وبهذا قال الشافعى وأنكر مالك هذا وقال: قال الله تعالى ﴿فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ وهذه جلدة واحدة ولنا ما روى ابو امامة بن سهل بن حنيف عن بعض أصحاب رسول الله ﷺ ان رجلا اشتكى حتى انضى فدخلت عليه امرأة فهش لها فوقع بها فسئل له رسول الله ﷺ فأمر رسول الله ﷺ أن يأخذوا مائة شمراخ فيضربوه ضربة واحدة رواه أبو داود والنسائى وقال ابن المنذر فى إسناده مقال

(١) قوله « ويحتمل أن يؤخر الخ » يعنى يؤخر إذا كان جلداً فأما الرجم فلا يؤخر لأنه لا فائدة فيه اذا كان قتله متحتما وبهذا الاحتمال قال مالك والشافعى وأبو حنيفة لقول على ان أمة لرسول الله ﷺ زنت فأمرنى أن أجلدها فاذا هى حديثة عهد بنفاس فخشيت ان أنا جلدتها ان أقتلها فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال أحسنت رواه مسلم فعلى هذا الاحتمال لو خالف وفعل ضمن واليه ميل الشارح واختاره المصنف وجزم به فى العمدة

[فائدتان] إذا وجب الحد على حامل لم يقم عليها حتى تضع وسواء كان الحمل من زنا أو غيره لا نعلم فى هذا خلافا وروى بريدة ان امرأة من بنى غامد قالت يا رسول الله طهرنى قال وما ذاك قالت انها حبلى من زنا قال انت قالت نعم قال ارجعى حتى تضعى ما فى بطنك قال فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت قال فأتى النبى ﷺ قال قد وضعت الغامدية قال إذاً لا نرجمها وندع ولدها صغيراً ليس له من يرضعه فقال إلى رضاعه يانبى الله قال فرجمها رواه مسلم

(الثانية) يؤخر شارب الخمر حتى يصحو نص عليه وقاله الأصحاب لكن لو حد فى حال سكره فقال ابن نصر الله فى حواشى الفروع الظاهر انه يجزى ويسقط الحد انتهى قال فى الإنصاف والصواب انه ان حصل به ألم يوجب الزجر سقط والا فلا انتهى وقال أيضا الأشبه انه لو تلف والحالة هذه لا يضمنه قلت الصواب انه يضمنه إذا قلنا لا يسقط به ويؤخر قطع السارق خوف التلف

(٢) قوله « واذا مات المحدود الخ » أى ولا يجب على أحد ضمانه جلداً كان أو تعزيراً لأنه حد وجب لله عز وجل فلم يؤد من مات به كالقطع فى السرقة وهذا قول مالك وأصحاب الرأى وبه قال الشافعى اذا لم يزد على الأربعين فى حد الخمر ـــ

زاد سوطا أو أكثر فتلف ضمنه[1] وهل يضمن جميعه أو نصف الدية ؟ على وجهين . وإذا كان الحد رجما لم يحفر له رجلا كان او امرأة فى أحد الوجهين[2] وفى الآخر ان ثبت على المرأة باقرارها لم يحفر لها وان ثبت ببينة حفر لها

ــــوان زاد عليها فمات فعليه الضمان لان ذلك تعزير بما يفعله الامام برأيه وفى قدر الضمان قولان أحدهما نصف الدية لأنه تلف من فعلين مضمون وغير مضمون والثانى يقسط الضمان على عدد الضربات كلها فيجب من الدية بقدر زيادته على الأربعين وروى عن على رضى الله عنه انه قال ما كنت لأقيم حدا على أحد فيموت فأجد فى نفسى الاصاحب الخمر لو مات وديته لأنه ﷺ لم يسنه لنا . ولنا أنه حد وجب لله فلم يجب ضمان من مات به كسائر الحدود وما زاد على الأربعين فهو من الحد على ما نذكره

(١) قوله « وان زاد سوطا الخ » اذا زاد الحد فتلف المحدود وجب الضمان بغير خلاف نعلمه لأنه تلف بعدوانه وفى قدر الضمان وجهان وهما روايتان إحداهما يضمن جميع الدية وهو المذهب لانه قتل حصل من جهة الله تعالى وعدوان الضارب فكان الضمان على العادى كما لو ضرب مريضا سوطا فتلف به ، والثانى يضمن نصف الدية لانه تلف بفعل مضمون وغير مضمون فوجب نصف الدية كما لو جرح نفسه وجرحه غيره فمات وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعى فى أحد قوليه وقال فى الآخر يجب من الدية بقدر ما تعدى به تقسط الدية على الأسواط كلها وسواء زاد خطأ أو عمداً لأن الضمان يجب فى الخطأ والعمد فان كان الجلاد زاد من عنده بغير أمر فالضمان على عاقلته لأن العدوان منه وكذلك ان قال له الامام اضرب ما شئت وان كان له من يعد عليه فزاد فى العدد ولم يخبره فالضمان على من يعد سواء تعمد ذلك أو أخطأ فى العد لأن الخطأ منه وان أمره الامام بالزيادة على الحد فزاد فقال القاضى الضمان على الامام وان كان عالما بذلك فالضمان عليه كما لو أمره الامام بقتل رجل ظلما فقتله

(٢) قوله «وإذا كان الحد رجما الخ »وهو المذهب وعليه أكثر الاصحاب ونص عليه فان كان رجلا لم يوثق ولم يحفر له سواء ثبت الزنا ببينة أو اقرار لا نعلم فيه خلافا لأنه ﷺ لم يحفر لماعز وأما فى المرأة فلأن أكثر الأحاديث على ترك الحفر فانه ﷺ لم يحفر للجهنية ولا لليهوديين

الى الصدر[١] ويستحب ان يبدأ الشهود بالرجم وإن ثبت بالاقرار استحب ان يبدأ الامام ومتى رجع المقر بالحد عن اقراره قبل منه وان رجع فى أثناء الحد لم يتمم[٢] وإن رجم ببينة فهرب لم يترك وان كان باقرار ترك[٣]

فصل

وإن اجتمعت حدود لله فيها قتل استوفى وسقط سائرها[٤] وان لم يكن فيها قتل فان كانت من جنس مثل ان زنى أو سرق أو شرب مرارا أجزأ

---

(١) قوله « وفى الآخر الخ » اختاره القاضى فى المجرد وأبو الخطاب وابن عقيل وهو قول أصحاب الشافعى لما روى أبو بكر وبريدة أن النبى ﷺ رجم امرأة فحفر لها إلى الثندوة رواه أبو داود ولا حاجة إلى تمكينها من الهرب لكون الحد ثبت بالبينة

(٢) قوله « ومتى رجع المقر الخ » هذا المذهب فى جميع الحدود أعنى حد الزنا والسرقة والشرب وعليه الجمهور إذا كان الحد بالاقرار وبهذا قال عطاء ويحيى بن يعمر والزهرى وحماد ومالك والثورى واسحاق وابو حنيفة وأبو يوسف . وقال الحسن وسعيد بن جبير وابن أبى ليلى يقام عليه الحد ولا يترك لأن ماعزا هرب فقتلوه وروى انه قال ردونى إلى رسول الله ﷺ فان قومى غرونى من نفسى وأخبرونى ان النبى ﷺ غير قاتلى فلم ينزعوا عنه حتى قتلوه رواه أبو داود . ولنا أن ماعزا هرب فذكر ذلك للنبى ﷺ فقال هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه قال ابن عبد البر ثبت من حديث أبى هريرة وجابر ونعيم بن هزال ونصر بن داهر وغيرهم ان ماعزا لما هرب فقال لهم ردونى الى رسول الله ﷺ قال فهلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه ففى هذا أوضح الدلائل على انه يقبل رجوعه

(٣) قوله « وان رجم ببينة الخ » هذا بلا نزاع لأن زناه ثبت على وجه لا يبطل رجوعه فلم يؤثر فيه هربه كسائر الأحكام

(٤) قوله « وإذا اجتمعت حدود الخ » اذا اجتمعت الحدود لم تخل من ثلاثة أقسام أحدها أن يكون فيها قتل مثل أن يسرق ويزنى وهو محصن ويشرب ويقتل فى المحاربة فهذا يقتل ويسقط سائرها وهذا قول ابن مسعود وعطاء والشعبى والنخعى والأوزاعى ومالك وحماد وأبو حنيفة وقال الشافعى يستوفى جميعها لأن =

حد واحد وان كانت من أجناس استوفيت كلها ويبدأ بالاخف فالاخف . واما حقوق الآدميين فتستوفى كلها سواء كان فيها قتل أو لم يكن ويبدأ بغير القتل[١] وان اجتمعت مع حدود الله تعالى بدىء بها [٢] فاذا زنى وشرب وقذف وقطع يدا قطعت يده أولا ثم حد للقذف ثم للشرب ثم للزنى . ولا يستوفى حد حتى يبرأ من الذى قبله [٣]

= ما وجب مع غير القتل وجب مع القتل كقطع اليد قصاصا و لنا قول ابن مسعود قال سعيد حدثنا حسان بن منصور حدثنا مجالد بن عامر عن مسروق عن عبد الله قال اذا اجتمع حدان أحدهما القتل أحاط القتل بذلك وقال ابراهيم يكفيه القتل وقال حدثنا هشيم عن ابراهيم والشعبي وعطاء انهم قالوا مثل ذلك . وهذه أقوال انتشرت فى عصر الصحابة ولم تنكر فكانت إجماعا . الثانى أن لا يكون فيها قتل فان كانت من جنس مثل ان زنى او سرق او شرب مراراً قبل إقامة الحد عليه أجزأ حد واحد بغير خلاف علمناه قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم . الثالث اذا كانت من أجناس استوفيت كلها من غير خلاف نعلمه ويبدأ بالأخف فالأخف على سبيل الوجوب على الصحيح من المذهب ، وقال المصنف والشارح على سبيل الاستحباب

(١) قوله « وأما حقوق الآدميين الخ » وهى القصاص وحد القذف فهذه تستوفى كلها ويبدأ بأخفها فيحد للقذف ثم يقطع ثم يقتل لأنها حقوق لآدميين أمكن استيفاؤها وهذا قول الاوزاعى والشافعي وقال أبو حنيفة يدخل ما دون القتل فيه لما روى عن عبد الله بن مسعود وقد ذكرناه . ولنا ما دون القتل حق لآدمى فلم يسقط به كديونهم وفارق حق الله فانه مبنى على المسامحة

(٢) قوله « فان اجتمعت مع حدود الله تعالى الخ » وهذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب وبه قال أبو حنيفة والشافعي وعن مالك ان حد القذف والشرب يتداخلان لاستوائهما فهما كالقتلين والقطعين ولنا انهما حدان من جنسين لايفوت بهما المحل فلم يتداخلا كحد الزنا والشرب ، ولا نسلم استواءهما فان حد الشرب أربعون وحد القذف ثمانون

(٣) قوله « ولا يستوفى حد الخ » هذا المذهب بلا ريب مطلقا لئلا يؤدى إلى تلفه بتوالى الحدود

فصل

ومن قتل أو أتى حداً خارج الحرم ثم لجأ اليه لم يستوف منه فيه ولكن لا يبايع ولا يشارى حتى يخرج فيقام عليه(١) وان فعل ذلك فى الحرم استوفى منه فيه(٢) وان أتى حدا فى الغزو لم يستوف منه فى أرض العدو حتى يرجع الى

[فائدة] لو قتل وارتد أو سرق وقطع يدا قتل وقطع لهما على الصحيح من المذهب وقيل يقتل ويقطع للقود فقط جزم به فى الفصول والمذهب والمغنى

(١) قوله « ومن قتل أو أتى حدا الخ » وكذا لو لجأ اليه حربى أو مرتد هذا المذهب فى ذلك كله وعليه الاصحاب فاذا قتل خارج الحرم ثم لجأ اليه لم يستوف منه فيه ، هذا قول ابن عباس وعطاء وعبيد بن عمير والزهرى ومجاهد واسحاق والشعبي وأبى حنيفة وأصحابه ، وأما غير القتل من الحدود كلها فمن أحمد روايتان أحداهما لا يستوفى من الملتجى الى الحرم فيه وهو المذهب والثانية يستوفى فى كل حد وقود مطلقا غير القتل وهو مذهب أبى حنيفة لأن المروى عن النبي ﷺ النهى عن القتل بقوله عليه الصلاة والسلام فلا يسفك بها دم وحرمة النفس أعظم فلا يقاس عليها ولنا قوله تعالى ﴿ ومن دخله كان آمناً ﴾ يعنى الحرم بدليل قوله تعالى ﴿ فيه آيات بينات مقام ابراهيم ﴾ والخبر أريد به الأمر لأنه لو أريد به الخبر لافضى إلى وقوع الخبر بخلاف المخبر وقال ﷺ « ان الله حرم مكة ولم يحرمها الناس فلا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسفك فيها دماً ولا يعضد بها شجرة الخ » فحرم سفك الدم بها على الاطلاق وتخصيص مكة بهذا يدل على انه أراد العموم فانه لو أراد سفك الدم الحرام لم يختص مكة فلا يكون التخصيص مفيداً . وقال مالك والشافعى وابن المنذر يستوفى منه لعموم الأمر بجلد الزانى وقطع السارق واستيفاء القصاص من غير تخصيص فعلى المذهب لا يبايع ولا يشارى ولا يطعم ولا يؤوى فاذا خرج استوفى حق الله تعالى منه وهذا قول جميع من ذكرناه

(٢) قوله « وان فعل ذلك فى الحرم الخ » لا نعلم فى هذا خلافا وقد روى الأثرم عن ابن عباس أنه قال من أحدث حدثاً فى الحرم أقيم عليه ما أحدث فيه ولقوله تعالى ﴿ ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه ﴾ فأباح قتالهم عند قتلهم فى الحرم

دار الاسلام فيقام عليه(١)

[فوائد] الألف واللام فى الحرم للعهد وهو حرم مكة فأما حرم المدينة فليس كذلك على الصحيح من المذهب

(الثانية) الأشهر الحرم لا تعصم من شيء من الحدود والجنايات على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وتردد الشيخ تقى الدين فى ذلك قال فى الفروع ويتوجه احتمال تعصم واختاره ابن القيم فى الهدى

(الثالثة) لو قوتلوا فى الحرم دفعوا عن أنفسهم فقط قدمه فى الفروع وصححه ابن الجوزى لقوله تعالى ﴿ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام﴾ الآية وذكر ابن الجوزى ان مجاهداً وغيره قالوا الآية محكمة وفى التمهيد انها نسخت بقوله ﴿اقتلوا المشركين﴾ الآية وفى الهدى الطائفة الممتنعة بالحرم من متابعة الامام لا تقاتل لا سيما ان كان لها تأويل وفى الأحكام السلطانية يقاتل البغاة إذا لم يندفع بغيهم إلا به لأنه من حقوق الله تعالى وحفظها فى حرمه أولى من إضاعتها وذكره الماوردى عن جمهور الفقهاء ونص عليه الشافعى وحمل الخبر على مايعم اتلافه كالمنجنيق إذا أمكن إصلاح بدون ذلك وذكر أبو بكر بن العربى لو تغلب فيها كفار أو بغاة وجب قتالهم بالاجماع وفى الخلاف وعيون المسائل وغيرهما اتفق الجميع على جواز القتال فيها متى عرض تلك الحال ورده فى الفروع وقال الشيخ تقى الدين ان تعدى أهل مكة أو غيرهم على الركب دفع الركب كما يدفع الصائل وللإنسان أن يدفع مع الركب بل قد يجب ان احتيج اليه

(١) قوله « وان أتى حدا الخ » وجملته ان من أتى حدا من الغزاة أو ما يوجب قصاصاً فى أرض العدو والحرب لم يقم عليه حتى يقفل فيقام عليه وبهذا قال الأوزاعى واسحاق وقال مالك والشافعى وأبو ثور وابن المنذر يقام الحد فى كل موضع لأن أمر الله تعالى بإقامته مطلق فى كل مكان وزمان إلا أن الشافعى قال إذا لم يكن أمير الجيش الامام أو أمير اقليم فليس له إقامته يؤخر حتى يأتى الامام لأن اقامة الحدود اليه وكذلك ان كان بالمسلمين حاجة الى المحدود أو قوة به وقال أبو حنيفة لا حد ولا قصاص فى دار الحرب ولا إذا رجع ولنا على وجوب الحد أمر الله تعالى ورسوله ﷺ وعلى تأخيره ما روى بسر بن ارطاة أنه أتى برجل فى الغزاة قد سرق فقال لولا انى سمعت رسول الله ﷺ يقول لا تقطع الأيدى فى الغزاة =

باب حد الزنا

إذا زنى الحر المحصن فحده الرجم حتى يموت(١) . وهل يجلد قبل الرجم ؟ على روايتين(٢) والمحصن من وطىء امرأته فى قبلها فى نكاح صحيح وهما بالغان

= لقطعتك رواه أبود اود وغيره ولأنه اجماع الصحابة فروى سعيد بإسناده ان عمر كتب إلى الناس أن لا يجلدن أمير جيش ولا سرية ولا رجلا من المسلمين حدا وهو غاز حتى يقطع الدرب قافلا لئلا تلحقه حمية الشيطان فيلحق بالكفار ، وعن أبى الدرداء مثل ذلك

(١) قوله « فحده الرجم حتى يموت » هذا قول عامة أهل العلم من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من علماء الأمصار فى جميع الأعصار ولا نعلم أحدا خالفه فيه إلا الخوارج فانهم قالوا الجلد للبكر والثيب للآية . ولنا أنه قد ثبت الرجم عن رسول الله ﷺ على ما نذكره فى مواضعه إن شاء الله تعالى وقد أنزله الله تعالى فى كتابه وانما نسخ رسمه دون حكمه فروى عن عمر بن الخطاب أنه قال ان الله تعالى بعث محمدا ﷺ بالحق وأنزل عليه الكتاب فكان فيما أنزل عليه آية الرجم فقرأتها وعقلتها ووعيتها ورجم رسول الله ﷺ ورجمنا بعده فأخشى ان طال بالناس زمان يقول قائل ما نجد الرجم فى كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله تعالى فالرجم حق على من زنا إذا أحصن من الرجال والنساء إذا قامت به البينة أو كان الحبل أو الاعتراف وقد قرأتها الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم متفق عليه

(٢) قوله « وهل يجلد الخ » إحداهما لا يجلد وهو المذهب نص عليه قال فى الفروع نقله الأكثر قال الزركشى هى أشهر الروايتين وروى عن عمر وعثمان أنهما رجما ولم يجلدا وروى عن ابن مسعود أنه قال اذا اجتمع حدان لله فيهما قتل أحاط القتل بذلك وبهذا قال النخعى والزهرى والأوزاعى ومالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى واختاره أبو اسحاق الجوزجانى والأثرم ونصراه فى سننهما لأن جابرا روى ان النبى ﷺ رجم ماعزاً ولم يجلده ورجم الغامدية ولم يجلدها وقال اغد يا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها متفق عليه ولم يأمره بجلدها وكان هذا آخر الأمرين من رسول الله ﷺ فيجب تقديمه . والثانية يجلد ثم يرجم فعل ذلك على وبه قال ابن عباس وأبى بن كعب وأبو ذر رضى الله عنهم وبه قال =

عاقلان حران[1] فان اختل شرط من ذلك فى أحدهما فلا احصان لواحد منهما

= الحسن وداود وابن المنذر واختاره الخرقى وأبو بكر عبد العزيز والقاضى ونصرها الشريف وأبو الخطاب فى خلافيهما وصححها الشيرازى قال أبو يعلى الصغير اختارها شيوخ المذهب وجزم به فى الوجيز ونظم المفردات وهو منها لقوله تعالى ﴿الزانية والزانى﴾ الآية ولهذا قال على رضى الله عنه جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله ﷺ وقد صرح به النبي ﷺ فى حديث عبـــادة بقوله والثيب بالثيب الجلد والرجم وهذا صريح ثابت بيقين لا يترك الا بمثله والأحاديث الباقية ليست صريحة فانه ذكر الرجم ولم يذكر الجلد فلا يعارض به الصريح بدليل ان التغريب يجب بذكره فى هذا الحديث وليس بمذكور فى الآية

(٢) قوله «والمحصن من وطىء امرأته الخ» يشترط للاحصان شروط الأول الوطء فى القتيل ولا خلاف فى اشتراطه ولا بد من تغييب الحشفة فى الفرج فلو وجد النكاح من غير وطء أو وطىء دون الفرج أو فى الدبر لم يحصل ذلك لأنها لا تصير ثيبا ولا تخرج عن حد الابكار ولا خلاف فى أن النكاح الخالى عن الوطء لا يحصل به احصان . الثانى أن يكون فى نـكاح لأن النـكاح يسمى احصاناً بدليل قوله تعالى والمحصنات من النساء يعنى المتزوجات ولا خلاف ان وطء الزنا والشبهة لا يصير به الواطىء محصناً ولا نعلم خلافاً ان التسرى لا يحصل به الاحصان لواحد منهما لكونه ليس بنكاح . الثالث ان يكون النـكاح صحيحاً وهو قول أكثر أهل العلم منهم عطاء وقتادة ومالك والشافعى وأصحاب الرأى ، وقال أبو ثور يحصل الاحصان بالوطء فى نـكاح فاسد وحكى عن الليث والأوزاعى ، ولنا انه وطء فى غير ملك فلم يحصل به الاحصان كوطء الشبهة . الرابع الحرية وهى شرط فى قول جميع أهل العلم الا أبا ثور قال العبد والأمة هما محصنان يرجمان إذا زنيا الا ان يكون الاجماع يخالف ذلك وحكى عن الأوزاعى فى العبد تحته حرة وهو محصن يرجم اذا زنا وان كان تحته أمة لم يرجم وهذه أقوال تخالف النص والاجماع فان الله تعالى قال ﴿فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾ والرجم لا يتنصف. الخامس والسادس البلوغ والعقل فلو وطىء وهو صبى أو مجنون ثم بلغ أو عقل لم يكن محصنا هذا قول أكثر أهل العلم وقول الشافعى ومن أصحابه من قال يكون محصنا وكذلك العبد اذا عتق بعد الوطء يكون محصنا لأنه وطء يحصل =

ولا يثبت الاحصان بالوطء بملك اليمين ولا فى نكاح فاسد ويثبت الاحصان للذميين وهل تحصن الذمية مسلما ؟ على روايتين . ولو كان لرجل ولد من امرأته فقال ما وطئتها لم يثبت احصانه[١] وان زنى الحر غير المحصن جلد مائة جلدة وغرب عاما الى مسافة القصر[٢] وعنه ان المرأة تنفى الى دون

= به الاحلال للمطلق ثلاثاً فحصل به الاحصان . ولنا قوله ﷺ « والثيب بالثيب جلد مائة والرجم » فاعتبر الثيوبة خاصة ولو كانت تحصل قبل ذلك لكان يجب عليه الرجم قبل بلوغه وعقله وهو خلاف الاجماع . السابع ان يوجد الكمال منهما جميعاً حال الوطء فيطأ الرجل العاقل الحر امرأة عاقلة حرة وهذا قول أبى حنيفة وأصحابه ونحوه قول عطاء والحسن وابن سيرين والنخعى وقتادة والثورى واسحاق قالوه فى الرقيق وقال مالك اذا كان أحدهما كاملا صار محصناً إلا الصبى إذا وطىء الكبيرة لم يحصنها ونحوه عن الأوزاعى واختلف عن الشافعى فقيل له قولان : أحدهما كقولنا، والثانى ان الكامل يصير محصنا وهو قول ابن المنذر وذكر فى الارشادات المراهق يحصن غيره وذكره الشيخ تقى الدين رواية . ولنا انه وطء لم يحصن أحد المتواطئين فلم يحصن الآخر كالتسرى

على قوله « ويثبت الاحصان للذميين » ، بلا نزاع بين الأصحاب ويلزم الامام اقامته على الصحيح من المذهب وكذا الحكم فى المستأمنين لأنه ﷺ رجم اليهوديين متفق عليه

على قوله « على روايتين » ، إحداهما تحصنه وهو المذهب

(١) قوله « وان كان لرجل ولد من امرأة الخ » هذا بلا نزاع وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة يرجم لأن الولد لا يكون الا من وطء فقد حصل بالوطء ضرورة الحكم بالولد ولنا ان الولد يلحق بامكان الوطء واحتماله والاحصان لا يثبت إلا بحقيقة الوطء فلا يلزم من ثبوت ما يكتفى به فى الامكان وجود ما يعتبر فيه الحقيقة

(٢) قوله « وان زنى الحر غير المحصن الخ » لا خلاف فى وجوب الجلد على الزانى إذا لم يكن محصنا لقوله تعالى «الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة» وجاءت الأحاديث عنه ﷺ موافقة لما جاء به الكتاب ويجب مع الجلد تغريبه عاماً فى قول الجمهور روى ذلك عن الخلفاء الراشدين وأبى ذر وابن مسعود وابن عمر واليه ذهب عطاء وطاوس وابن أبى ليلى والشافعى واسحاق وأبو ثور سواء =

مسافة القصر ويخرج معها محرمها فان أراد أجرة بذلت من مالها فان تعذر فمن بيت المال فان أبى الخروج معها استؤجرت امرأة ثقة فان تعذر نفيت بغير محرم ويحتمل ان يقسط النفى . وإن كان الزانى رقيقا فحده خمسون جلدة بكل حال ولا يغرب(1) وإن كان نصفه حرا فحده خمس وسبعون جلدة

= كان رجلا أو امرأة وهو المذهب وقال مالك والأوزاعى يغرب الرجل دون المرأة لأن المرأة تحتاج الى حفظ واصانة ولأنها لا تخلو من التغريب بمحرم أو بغير محرم لقوله ﷺ « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تسافر مسيرة يوم وليلة الا مع ذى محرم » ولأن تغريبها بغير محرم اغراء لها بالفجور وان غربت بمحرم أفضى الى تغريب من ليس بزان وان كلفت أجرة ففى ذلك زيادة على عقوبتها بما لا يرد الشرع به والخبر الخاص فى التغريب انما هو فى حق الرجل وكذلك فعل الصحابة وقال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن لا يجب التغريب لأن علياً قال حسبهما من الفتنة أن ينفيا . ولنا قوله ﷺ « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » وروى أبو هريرة وزيد بن خالد ان رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ فقال أحدهما ان ابنى كان عسيفاً على هذا فزنى بامرأته وانى افتديت منه بمائة شاة ووليدة فسألت رجالا من أهل العلم فقالوا انما على ابنك جلد مائة وتغريب عام والرجم على امرأة هذا فقال النبى ﷺ والذى نفسى بيده لأقضين بينكما بكتاب الله على ابنك جلد مائة وتغريب عام وجلد ابنه وغربه عاما وأمر أنيسا الأسلمى ان يأتى امرأة الآخر فان اعترفت فارجمها فاعترفت فرجمها متفق عليه

[فائدة] لو زنى محصن ببكر فعلى كل واحد منهما حده نص عليه لهذا الحديث

على قوله « إلى مسافة القصر » ﴿ هذا المذهب

على قوله « ويخرج معها محرمها » ﴿ لا تغرب المرأة الا مع محرم ان تيسر على الصحيح من المذهب

على قوله « فان تعذر فمن بيت المال » ﴿ هذا المذهب مطلقاً وعليه الأصحاب

على قوله « فان تعذر نفيت بغير محرم » ﴿ وهو المذهب قال احمد تنفى بغير محرم

(١) قوله « وان كان الزانى رقيقاً الخ » أى سواء كانا بكرين أو ثيبين فى قول أكثر العلماء منهم عمر وعلى وابن مسعود والحسن والنخعى ومالك والأوزاعى =

وتغريب نصف عام ويحتمل ألا يغرب وحد اللوطى كحد الزانى سواء[1]، وعنه

=وأبو حنيفة والشافعى والبتى والعنبرى وقال ابن عباس وأبو عبيد ان كانا مزوجين فعليهما نصف الحد ولا حد على غيرهما لقوله تعالى ﴿فاذا أحصن﴾ الآية ولنا ما روى ابن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله وزيد بن خالد قالوا سئل رسول الله ﷺ عن الأمة اذا زنت ولم تحصن فقال « إذا زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فبيعوها ولو بضفير » متفق عليه قال ابن شهاب وهذا نص فى جلد الأمة إذا لم تحصن وهو حجة على ابن عباس وموافقيه

(١) قوله « وحد اللوطى الخ » يعنى الفاعل والمفعول فيه وهو المذهب وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والنخعى وقتادة والأوزاعى وأبو يوسف ومحمد ابن الحسن وهو المشهور من قولى الشافعى لأن النبى ﷺ قال « اذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان » وعنه حده الرجم بكرا كان أو ثيباً هذا قول على وابن عباس وجابر ابن زيد وعبيد الله بن معمر والزهرى وأبى حبيب وربيعة ومالك واسحاق وأحد قولى الشافعى وروى عن أبى بكر رضى الله عنه أمر بتحريق اللوطى وهو قول ابن الزبير وقال الحكم وأبو حنيفة لا حد عليه لأنه ليس بمحل للوطء

على قوله « وعنه حده الرجم بكل حال » * لقوله ﷺ « من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به » رواه أبو داود وهذا اختيار الشريف أبى جعفر وابن القيم فى الداء والدواء وغيرهم وروى الحديث أيضا أحمد والترمذى واسناده ثقات وعن ابن عباس رضى الله عنهما فى البكر يرجم رواه أبو داود بإسناد جيد واحتج به أحمد

[فوائد] قال الشيخ تقى الدين فى رده على الرافضى إذا قتل الفاعل كزان فقيل يقتل المفعول مطلقا وقيل لا يقتل وقيل بالفرق كفاعل

(الثانية) قال فى التبصرة والترغيب دبر الأجنبية كاللواط وقيل كالزنا وانه لا حد بدبر أمته ولو كانت محرمة برضاع

(الثالثة) الزانى بذات محرمه كاللواط على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب وقدمه فى الفروع وغيره وجزم ناظم المفردات ان حده الرجم مطلقا حتما وهو منها ونقل جماعة عن أحمد ويؤخذ ماله أيضا لخبر البراء وأوله الاكثر على عدم وارث وقد قال احمد يقتل ويؤخذ ماله على خبر البراء إلا رجلا يراه مباحا=

حده الرجم بكل حال ومن أتى بهيمة فعليه حد اللوطى عند القاضى[1] واختار الخرقى وأبو بكر أنه يعزر[2] وتقتل البهيمة[3] وكره أحمد أكل لحمها وهل تحرم ؟ على وجهين

= فيجلد قلت فالمرأة، قال كلاهما فى معنى واحد وعند أبى بكر ان خبر البراء عند أحمد على المستحل كذا ان نقل صالح وعبد الله انه على المستحل

(الرابعة) يعزر غير البالغ منهما ولا حد على من وطىء امرأته فى دبرها بل يعزر

(١) قوله « ومن أتى بهيمة الخ » قول القاضى رواية منصوصة ولو سمكة لما روى ابن عباس ان النبى ﷺ قال «من وقع على بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة » رواه احمد وأبو داود والترمذى واختاره الشيرازى والشريف وابو الخطاب

(٢) قوله « واختار الخرقى الخ » وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب قال فى الفروع نقله واختاره الأكثر وروى ذلك عن ابن عباس وعطاء والشعبى والنخعى والحكم ومالك والثورى واصحاب الرأى وهو قول الشافعى لأنه لم يصح فيه نص ولا يمكن قياسه على الوطء فى فرج الآدمى لأنه لا حرمة لها والنفوس تعافها والحديث يرويه عمرو بن أبى عمرو ولم يثبته احمد وقال الطحاوى هو ضعيف ومذهب ابن عباس خلافه وهو الذى روى عنه قال ابو داود هذا يضعف الحديث عنه قال اسماعيل بن سعيد سألت احمد عن الرجل يأتى البهيمة فوقف عندها ولم يثبت حديث عمرو بن ابى عمرو و قال الترمذى لا نعرف الحديث إلا من رواية عمرو بن أبى عمرو وهو مخرج عنه فى الصحيحين

(٣) قوله « وتقتل البهيمة » هذا الصحيح من المذهب وهذا قول أبى سلمة بن عبد الرحمن وأحد قولى الشافعى وسواء كانت مملوكة له أو لغيره ، وقال أبو بكر الاختيار قتلها فان تركت فلا بأس وقال الطحاوى ان كانت مأكولة ذبحت والا تركت وهذا القول الثانى للشافعى لأنه ﷺ نهى عن ذبح الحيوان لغير مأكله ، ووجه الأول الحديث المذكور وفيه الأمر بقتل البهيمة فلم يفرق بين كونها مأكولة أو غير مأكولة ولا بين ملكه وملك غيره .

فصل

ولا يجب الحد الا بثلاثة شروط أحدها ان يطأ فى الفرج سواء كان قبلا او دبرا(١) وأقل ذلك تغييب الحشفة فى الفرج فان وطىء دون الفرج(٢) أو أتت المرأة المرأة فلا حد عليهما(٣)

فصل

(الثانى) انتفاء الشبهة فان وطىء جارية ولده (٤) أو جارية له فيهـــا

---

(١) قوله « أحدها أن يطأ فى الفرج الخ » مراده بالحشفة الحشفة الأصلية من فحل أو خصى أو قدرها عند العدم ومراده بالفرج الفرج الأصلى فاذا وطىء امرأة فى قبلها حراماً لا شبهة له فى وطئها فلا خلاف بين أهل العلم فى انه زان يجب عليه حد الزنا إذا كملت شروطه والوطء فى الدبر مثله فى كونه زنا لأنه وطء فى فرج امرأة لا ملك له فيه ولا شبهة ملك فكان زنا كالوطء فى القبل ولأن الله تعالى قال ﴿ واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم ﴾ الآية ثم بين ﷺ أنه قد جعل لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والوطء فى الدبر فاحشة لقوله تعالى فى قوم لوط أتأتون الفاحشة يعنى الوطء فى أدبار الرجال

(٢) قوله « فان وطىء دون الفرج » وهذا المذهب لما روى ابن مسعود قال جاء رجل إلى النبى ﷺ فقال انى وجدت امرأة فى البستان فأصبت منها كل شىء غير انى لم أنكحها فافعل بى ما شئت فقرأ عليه ﴿ وأقم الصلاة طرفى النهار وزلفاً من الليل ان الحسنات يذهبن السيئات ﴾ الآية رواه النسائى وعليه التعزير لأنها معصية ليس فيها حد وظاهر الحديث يدل على انه لا تعزير عليه إذا جاء تائباً

(٣) قوله « أو أتت المرأة الخ » وهذا المذهب أى اذا تساحقت المرأتان فهما ملعونتان قال النبى ﷺ إذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان رواه مسلم وعليهما التعزير لأنه زنا لا حد فيه فأشبه مباشرة الرجل المرأة وقال ابن عقيل فى اتيان المرأة المرأة يحتمل وجوب الحد للخبر

[فائدة] لو وجد رجل مع امرأة يقبل كل واحد منهما صاحبه ولم يعلم هل وطئها أم لا فلا حد عليهما فان قالا نحن زوجان واتفقا على ذلك فالقول قولهما وبه قال الحكم وحماد والشافعى وأصحاب الرأى

(٤) قوله « الثانى انتفاء الشبهة الخ » لاحد على من وطىء جارية ولده وهو —

شرك[١] أو لولده[٢] او وجد امرأة على فراشه ظنها امرأته او جاريته[٣] أو دعا الضرير امرأته او جاريته فأجابه غيرها فوطئها ، او وطيء في نكاح مختلف في صحته[٤] او وطيء امرأته في دبرها او حيضها او نفاسها او لم يعلم

= المذهب وهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأهل المدينة والشافعي وأصحاب الرأي وقال ابن المنذر وأبو ثور عليه الحد إلا أن يمنع منه اجماع . ولنا انه وطء تمكنت الشبهة منه فلا يجب به الحد كوطء الجارية المشتركة والدليل على تمكنها قوله ﷺ « أنت ومالك لأبيك » فأضاف مال ولده اليه فاذا لم يثبت حقيقة الملك فلا أقل من جعله شبهة دارئة للحد

[تنبيه] محل هذا إذا لم يكن الابن يطأها فان كان الابن يطأها ففي وجوب الحد روايتان منصوصتان تقدمتا في باب الهبة فليعاود

[تنبيه] ظاهر قوله فان وطيء جارية ولده فلا حد عليه ان الولد لو وطيء جارية والده ان عليه الحد وهو صحيح فلو وطيء جارية أحد أبويه فعليه الحد على الصحيح من المذهب وقيل لا حد بل يعزر بمائة جلدة

(١) قوله « أو جارية له فيها شرك » وهذا بلا نزاع وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال أبو ثور يجب ولنا أنه فرج له فيه ملك أشبه المكاتبة والمرهونة وظاهره ولو لبيت المال صرح به في الرعاية اذا كان له فيه حق

(٢) قوله « أو لولده » وهذا بلا نزاع لأن الشرك في إسقاط الحد كملك الكل

(٣) قوله « أو وجد امرأة الخ » هذا بلا نزاع وبه قال الشافعي وحكى عن أبي حنيفة ان عليه الحد لأنه وطء في محل لا ملك له فيه . ولنا أنه وطء اعتقد اباحته بما يعذر مثله فيه أشبه ما لو قيل له هذه زوجتك فوطئها يعتقدها زوجته فانه لا حد عليه بغير خلاف نعلمه لكن عليها الحد ان علمت انه أجنبي فاما ان دعا محرمة عليه فأجابه غيرها فوطئها يظنها المدعوة فعليه الحد سواء كانت المدعوة ممن له فيها شبهة كالجارية المشتركة أو لم يكن لأنه لا يعذر بهذا فاشبه ما لو قتل رجلا يظنه ابنه فبان أجنبياً

(٤) قوله « أو وطيء في نكاح مختلف في صحته الخ » أي كنكاح الشغار والمتعة والنكاح بلا ولي والتحليل والنكاح بلا شهود ونكاح الأخت في عدة =

بالتحريم لحداثة عهده بالاسلام او نشوئه ببادية بعيدة[1] او أكره على الزنا فلا حد فيه[2] وقال اصحابنا ان اكره الرجل فزنى حد. وان وطىء

= أختها والخامسة فى عدة الرابعة البائن و نكاح المجوسية وهذا قول أكثر أهل العلم وهذا المذهب سواء اعتقد تحريمه أو لا لأن الاختلاف فى اباحة الوطء فيه شبهة والحد يدرأ بالشبهات وعنه عليه الحد إذا اعتقد تحريمه وكذلك ان وطىء امرأته فى دبرها أو جاريته لأن الوطء قد صادف ملكا فيدرأ بالشبهة ولأن بعض العلماء قد ذهب إلى حله

(١) قوله « أو لم يعلم بالتحريم الخ » قال عمر وعلى وعثمان لا حد الا على من علمه وهو قول عامة أهل العلم فان ادعى الزانى الجهل بالتحريم وكان يحتمل أن يجهله كحديث العهد بالاسلام والناشىء ببادية قبل منه لأنه يجوز أن يكون صادقاً وان كان مما لا يخفى عليه كالناشىء بين المسلمين وأهل العلم لم يقبل لأن تحريم الزنا لا يخفى على من كان كذلك

(٢) قوله « أو أكره على الزنا الخ » اذا أكرهت المرأة أو الغلام على الزنا بالجاء أو تهديد أو منع طعام مع الاضطرار اليه ونحوه فلا حد عليهما مطلقاً على الصحيح من المذهب نص عليه وعليه الأصحاب وهو قول عامة أهل العلم روى عن عمر والزهرى وقتادة والثورى والشافعى وأصحاب الرأى لقوله ﷺ « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » رواه النسائى وروى عبد الجبار بن وائل عن أبيه ان امرأة استكرهت على عهد رسول الله ﷺ فدرأ عنها الحد ؛ رواه الأثرم ورواه سعيد بإسناده عن طارق بن شهاب قال أتى عمر بامرأة قد زنت قالت انى كنت نائمة فلم استيقظ الا برجل قد جثم على فخلى سبيلها ولم يضربها وأتى عمر رضى الله عنه بامرأة قد زنت فأقرت فأمر برجمها فقال على لعل لها عذراً ثم قال لها ماحملك على الزنا قالت كادنى العطش وفى ابله ماء ولبن ولم يكن فى ابلى ماء ولا لبن فظمئت فاستسقيته فأبى أن يسقينى حتى أعطيه نفسى فأبيت عليه ثلاثاً ، فلما ظمئت وظننت أن نفسى ستخرج أعطيته الذى أراد فسقانى فقال على رضى الله عنه الله أكبر ﴿ فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ان الله غفور رحيم ﴾ وفى سنن البيهقى عن أبى عبد الرحمن السلمى أتى عمر بامرأة جهدها العطش . فاما إذا اكره الرجل فزنا فالمذهب عليه الحد وبه قال محمد بن الحسن وأبو ثور لأن الوطء لا يكون إلا =

ميتة(١) أو ملك امه او اخته من الرضاع فوطئها فهل يحـــد او يعزر ؟ على وجهين . وان وطىء فى نكاح مجمع على بطلانه كنكاح المزوجــــة والمعتدة والخامسة وذوات المحارم من النسب والرضاع(٢) او استأجر امرأة للزنا او

= بالانتشار والاكراه ينافيه وقال أبو حنيفة ان أكرهه السلطان فلا حد وان أكرهه غيره حد استحساناً وقال الشافعى وابن المنذر لا حد عليه وهو رواية عن أحمد واختاره المصنف والشارح لعموم الخبر ولأن الحدود تدرأ بالشبهات

(١) قوله « وان وطىء ميتة » إذا وطىء ميتة ففيه روايتان إحداهما لاحد عليه على الصحيح من المذهب وهو قول الحسن لأنه لا يقصد فلا حاجة إلى الزجر عنه فعليها يعزر، والثانية يحد وهو قول الأوزاعى لأنه وطء فى فرج آدمية أشبه وطء الحية وهو اختيار أبى بكر والناظم ، وأما إذا ملك أمه أو أخته من الرضاع ووطئها فالصحيح من المذهب أنه لاحد فيه وهو قول أصحاب الرأى والشافعى لأنه وطء فى فرج مملوك له بملك المعاوضة فلم يجب الحد كوطء الجارية المشتركة ، والوجه الثانى عليه الحد قال القاضى قال أصحابنـا عليه الحـد قال فى الفروع وهو أظهر واختاره جماعة منهم الناظم وجزم به فى المنور ومنتخب الأدمى وناظم المفردات وهو منها لأنه فرج لا يستباح بحال فوجب الحد كفرج الغلام فعلى المذهب يعزر ومقداره يأتى الخلاف فيه فى باب التعزير

[فائدة] لو وطىء أمته المزوجة لم يحد على الصحيح من المذهب بل يعزر ، وعنه يحد ولا يرجم ويأتى الخلاف فى باب التعزير ويأتى فى التعزير إذا وطىء جارية امرأته بإباحتها له

(٢) قوله « وان وطىء فى نـكاح مجمع على بطلانه الخ » النكاح باطل بإجماع أهل العلم وعليه الحد إذا وطئها بلا نزاع وهو قول أكثر أهل العلم منهم الحسن وجابر بن زيد ومالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد واسحاق ، وقال أبو حنيفـــة والثورى لا حد عليه لأنه وطء تمكنت الشبهة منه كما لو اشترى اخته من الرضاع ثم وطئها. ولنا انه وطء فى فرج امرأة مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك والواطىء من أهل الحد عالم بالتحريم فلزمه الحد. واختلف فى حده فعن أحمد يقتل على كل حال وبهذا قال جابر بن زيد واسحاق وأبو أيوب وابن أبى خيثمة وعن أحمد فى رجل تزوج امرأة أبيه قال يقتل ويؤخذ ماله إلى بيت المال وعنه حده حد =

لغيره وزنى بها [١] او زنى بامرأة له عليها القصاص [٢] او بصغيرة [٣] او مجنونة او بامراة ثم تزوجها او بامة ثم اشتراها او امكنت العاقلة من نفسها مجنونا او صغيرا فوطئها فعليهم الحد [٤]

فصل

(الثالث)ان يثبت الزنا . ولا يثبت الا بشيئين : احدهما ان يقر اربع

= الزانى وهو الصحيح من المذهب وبه قال الحسن ومالك والشافعى لعموم الآية والخبر ووجه الأولى حديث البراء رواه أبو داود والترمذى والجوزجانى وان كان جاهلا تحريم ذلك فقال جماعة من الأصحاب لا حد عليه ان كان مثله يجهله وقال الشيخ تقى الدين وقدمه فى المغنى وجزم به فى الشرح وان وطىء فى نكاح مجمع على بطلانه كنكاح خامسة أو مزوجة أو معتدة أو نكاح المطلقة ثلاثاً اذا وطىء عالما بالتحريم فهو زنا وبه قال الشافعى

(١) قوله « أو استأجر امرأة الخ » هذا قول أكثر أهل العلم وقال أبو حنيفة لا حد عليهما فى هذه المواضع إلا إذا استأجرها لعمل شىء لأن ملكه لمنفعتها شبهة دارئة للحد . ولنا عموم الآية والاخبار ووجود المعنى المقتضى لوجوب الحد

[فائدة] لو وطىء فى حال سكره فلا حد

(٢) قوله « أو زنا بامرأة الخ » لأن الحد ما وجب عليه بوطء مملوكته ولا زوجته وانما وجب بوطء أجنبية فتغير حاله لا يسقطه

(٣) قوله « أو زنى بصغيرة » ان كان يوطأ مثلها فعليه الحد بلا نزاع وان كان لا يوطأ مثلها فظاهر كلامه هنا انه يحد وهو أحد الوجوه ، وقيل لا يحد وهو المذهب لأنها لا يشتهى مثلها

(٤) قوله « أو أمكنت المكلفة الخ » وكذا لو استدخلت ذكر نائم فعليها الحد دونه وقال أبو حنيفة لا حد عليها لأن فعل الصبى والمجنون ليس بزنا فلم يجب عليها الحد ولنا ان سقوط الحد عن أحد المتواطئين لمعنى يخصه لا يوجب سقوطه عن الآخر كما لو زنى المستأمن بمسلمة أو زنى بمجنونة أو نائمة

[فائدة] لو أمكنت من لا يحد لجهله او مكنت حربياً مستأمناً أو استدخلت ذكر نائم فعليها الحد

مرات فى مجلس او مجالس وهو بالغ عاقل (١) ويصرح بذكر حقيقة الوطء (٢)

---

(١) قوله « أحدهما ان يقر اربع مرات الخ » هذا المذهب نص عليه وبه قال الحكم وابن أبى ليلى وأصحاب الرأى وقال الحسن وحماد ومالك والشافعى وأبو ثور وابن المنذر يحد باقراره مرة لقوله ﷺ « واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » واعتراف مرة اعتراف . ورجم الجهنية وانما اعترفت مرة ولنا ما روى أبو هريرة قال أتى رجل من الأسلميين رسول الله ﷺ وهو فى المسجد فقال يا رسول الله انى زنيت فأعرض عنه حتى ثنى ذلك أربع مرات فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله ﷺ فقال أبك جنون قال لا قال هل أحصنت قال نعم فقال رسول الله ﷺ ارجموه متفق عليه ولو وجب الحد بمرة لم يعرض عنه رسول الله ﷺ لأنه لا يجوز ترك حد وجب لله تعالى وروى نعيم بن هزال حديثه وفيه حتى قالها اربع مرات فقال رسول الله ﷺ انك قلتها اربع مرات فيمن قال بفلانة رواه أبو داود وسواء كان فى مجلس واحد أو مجالس متفرقة قال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسأل عن الزانى يردد أربع مرات قال نعم على حديث ماعز هو احوط قلت له فى مجلس واحد أو فى مجالس شتى قال اما الأحاديث فليست تدل إلا على مجلس واحد إلا ذاك الشيخ بشير بن مهاجر عن عبد الله بن بريدة عن أبيه وعندى ذلك منكر الأحاديث وقال ابو حنيفة لا يثبت الا بأربع اقرارات فى اربعة مجالس

(٢) قوله « ويصرح بذكر حقيقة الوطء » أى لتزول الشبهة لأن الزنا يعبر به عن ما ليس بموجب للحد ، وقد روى ابن عباس رضى الله عنهما ان النبى ﷺ قال لماعز « لعلك قبلت او غمزت قال لا قال أفنكتها قال نعم قال حتى غاب ذاك منك فى ذاك منها قال نعم قال كما يغيب المرود فى المكحلة والرشاء فى البئر قال نعم قال أتدرى ما الزنا قال نعم أتيت منها حراماً ما يأتى الرجل من امرأته حلالا » وذكر الحديث رواه ابو داود

[فائدة] اذا أقر انه زنى بامرأة فكذبته فعليه الحد دونها وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة وأبو يوسف لا حد عليه لأنا صدقناها فى انكارها فصار محكوما بكذبه ولنا ما روى ابو داود بإسناده ان رجلا أتاه فأقر عنده انه زنى بامرأة فسماها له فبعث رسول الله ﷺ إلى المرأة فسألها عن ذلك فأنكرت ان تكون زنت فجلده الحد وتركها

ولا ينزع عن اقراره حتى يتم الحد ، الثانى ان يشهد عليه اربعة رجال احرار عدول[1] يصفون الزنا ويجيئون فى مجلس واحد سواء جاؤا متفرقين او

[فائدة] لو شهد اربعة على اقراره بالزنا اربعا ثبت بلا نزاع ولا يثبت بدون أربعة على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وعنه يثبت باثنين ويأتى فى أقسام المشهود به

(١) قوله « الثانى الخ » يشترط فى الشهود شروط أحدها أن يكونوا أربعة وهذا اجماع ليس فيه اختلاف لقوله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ﴾ الآية. الثانى أن يكونوا رجالا كلهم ولا تقبل فيه شهادة النساء بحال ولا نعلم فيه خلافاً الا شيئاً يروى عن عطاء وحماد انه يقبل فيه ثلاثة رجال وامرأتان وهو قول شاذ لا يعول عليه. الثالث الحرية فلا تقبل شهادة العبيد قال الشارح لا نعلم فيه خلافاً إلا رواية عن أحمد قال فى الانصاف وهذه الرواية هى المذهب على ما يأتى فى شروط من تقبل شهادته محرراً مستوفياً وهذا قول أبى ثور لعموم النصوص ولانه عدل مسلم ذكر فتقبل شهادته كالحر ، ووجه الأول انه مختلف فى شهادته فى سائر الحقوق فيكون ذلك شبهة ، الرابع العدالة ولا خلاف فى اشتراطها ، الخامس أن يكونوا مسلمين فلا تقبل شهادة أهل الذمة سواء كانت الشهادة على مسلم أو ذمى لأن أهل الذمة كفار فلا تتحقق العدالة فيهم، السادس أن يصفوا الزنا ولا يعتبر مع ذلك ان يذكروا المكان ولا المزنى بها على الصحيح من المذهب وبه قال معاوية ابن أبى سفيان والزهرى والشافعى وأبوثور وابن المنذر وأصحاب الرأى لما روينا فى قصة ماعز، السابع مجيء الشهود كلهم فى مجلس واحد فان جاء بعضهم بعد أن قام الحاكم كانوا قذفة وعليهم الحد وهذا الصحيح من المذهب وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعى والبتى وابن المنذر لا يشترط ذلك لقوله تعالى ﴿ لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء ﴾ ولم يذكر المجلس وقال تعالى ﴿ فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ﴾ وكسائر الشهادات . ولنا ان أبا بكرة ونافعاً وشبل بن معبد شهدوا عند عمر على المغيرة بن شعبة بالزنا ولم يشهد زياد فحد الثلاثة ولو كان المجلس غير مشترط لم يجز ان يحدهم لجواز أن يكملوا برابع فى مجلس آخر

قوله « وان كانوا فساقاً أو عمياناً أو بعضهم فعليهم الحد » ه هذا المذهب نص عليه وهو قول مالك لأنها شهادة لم تكمل

مجتمعين فان جاء بعضهم بعد ان قام الحاكم او شهد ثلاثة وامتنع الرابع من الشهادة او لم يكملها فهم قذفة وعليهم الحد ، وان كانوا فساقا او عميانا او بعضهم فعليهم الحد ، وعنه لا حد عليهم ، وان كان احدهم زوجا حد الثلاثة ولاعن الزوج ان شاء . وان شهد اثنان انه زنى بها فى بيت او بلد واثنان انه زنى بها فى بيت او بلد آخر فهم قذفة عليهم الحد[1]، وعنه يحد المشهود عليه وهو بعيد وان شهدا انه زنى بها فى زاوية بيت وشهد الآخران انه زنى بها فى زاويته الأخرى[2] اوشهدا انه زنى بها فى قميص ابيض وشهد الآخران انه زنى بها فى قميص احمر كملت شهادتهم ويحتمل ان لا تكمل كالتى قبلها[3] وان شهدا

على قوله « وعنه لا حد عليهم » . وهو قول الحسن والشعبي وأبي حنيفة ومحمد لأنهم قد جاءوا بأربعة شهداء. ولأن عددهم قد كمل وورد الشهادة لمعنى غير تفريطهم . وعنه ان كانوا عبيداً أو فساقاً فلا حد عليهم وهو قول الثورى واسحاق

(١) قوله « وان شهد اثنان الخ » هذا المذهب، وكذا لو شهد كل اثنين فى بلد غير البلد الذى شهد به صاحباهما أو اختلفوا فى الجميع وبهذا قال مالك والشافعي واختار أبو بكر انه لا حد عليهم وبه قال النخعى وأبو ثور وأصحاب الرأى لأنهم كملوا أربعة . ولنا انه لم يكمل أربعة على زنا واحد فوجب عليهم الحد كما لو انفرد بالشهادة اثنان وأما المشهود عليه فلا حد عليه فى قولهم جميعاً وقال أبو بكر عليه الحد وحكاه قولا لأحمد وهو بعيد لأنه لم يثبت زنا واحد بشهادة أربعة

(٢) قوله « وان شهدا الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا حـد عليه لأن شهادتهم لم تكمل ولأنهم اختلفوا فى المكان أشبه ما لو اختلفا فى البيتين. ولنا أن التصديق ممكن فلم يجز التكذيب وقال الشارح هذا إذا كانت الزاويتان متقاربتين

(٣) قوله « أو شهدا أنه زنى بها فى قميص الخ » وهذا المذهب ويحتمل أن لا تكمل وهو قول الشافعي لتنافى الشهادتين ولنا أنه لا يتنافا ما بينهما فانه يمكن أن يكون عليه قميصان فذكر كل اثنين واحداً وتركا ذكر الآخر ويمكن أن يكون عليه قميص أبيض وعليها قميص أحمر وإذا أمكن التصديق لم يجز التكذيب

انه زنى بها مطاوعة وشهد الآخران انه زنى بها مكرهة لم تكمل شهادتهم[١] وهل يحد الجميع او شاهدا المطاوعة ؟ على وجهين[٢]. وعند ابى الخطاب يحد الزانى المشهود عليه دون المرأة والشهود . وان شهد أربعة فرجع احدهم فلا شيء على الراجع ويحد الثلاثة[٣] ، وان كان رجوعه بعد الحد فلا حد على

---

(١) قوله « وان شهدا أنه زنا بها مطاوعة الخ » أما المرأة فلا حد عليها إجماعا لأن الشهادة لم تكمل على فعل موجب للحد

(٢) قوله « وهل يحد الجميع الخ » أحدهما يحد شاهدا المطاوعة فقط لقذفها وهو المذهب ولا يجب على شاهدى الاكراه لأنهما لم يقذفا المرأة ، وأما الرجل ففيه وجهان أحدهما لا حد عليه وهو قول أبي بكر والقاضي وأكثر الأصحاب وهو قول أبي حنيفة وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن البينة لم تكمل على فعل واحد فان فعل المطاوعة غير فعل المكرهة. والوجه الثانى يجب الحد على الرجل اختاره أبو الخطاب وهو قول أبي يوسف ومحمد ، ووجه ثان للشافعي لان الشهادة كملت على وجود الزنا منه واختلافهما انما هو فى فعلهما لا فى فعله فلا يمنع كمال الشهادة عليه

(٣) قوله « وان شهد أربعة الخ » أى يحد الثلاثة فقط هذا إحدى الروايتين اختاره أبو بكر وابن حامد وجزم به فى الوجيز والمنور ومنتخب الأدمى لانه إذا رجع قبل الحد فهو كالتائب قبل تنفيذ الحكم بقوله فيسقط عنه الحد ولأن فى درء الحد عنه تمكيناً له من الرجوع الذى يحصل به مصلحة المشهود عليه . والرواية الثانية يحد الراجع معهم أيضاً قدمه فى المحرر والنظم والكافى قال ابن رزين فى شرحه حد الأربعة فى الأظهر وصححه فى المغنى قال فى الانصاف هذا المذهب لاتفاق الشيخين انتهى . لأنه نقص العدد فلزمهم الحد كما لو كانوا ثلاثة وان رجعوا كلهم فعليهم الحد لأنهم يقرون أنهم قذفة وهذا قول أبي حنيفة وقال الشافعي يحد الراجع دون الثلاثة لأنه أقر على نفسه بالكذب وأما الثلاثة فقد وجب الحد بشهادتهم وانما سقط بعد وجوبه برجوع الراجع

[فوائد] إذا ثبتت الشهادة بالزنا فصدقهم المشهود عليه لم يسقط الحد وقال أبو حنيفة يسقط لأن صحة البينة يشترط لها الانكار وما كمل الاقرار. ولنا قوله تعالى ﴿ فان شهدوا فامسكوهن فى البيوت ﴾ الآية وبين النبى ﷺ السبيل

الثلاثة[١] ويغرم الراجع ربع ما أتلفوه[٢] . وان شهد اربعة بالزنا بامرأة فشهد ثقات من النساء أنها عذراء فلا حد عليها ولا على الشهود نص عليه[٣] وإن شهد أربعة على رجل انه زنى بامرأة فشهد أربعة آخرون على الشهود انهم هم الزناة بها لم يحد المشهود عليه ، وهل يحد الشهود الاولون حد الزنا ؟ على روايتين[٤] . وإن حملت امرأة لا زوج لها ولا سيد لم تحد بذلك

(الثانية) إذا شهد شاهدان واعترف مرتين لم تكمل البينة ولم يجب الحد لا نعلم فى ذلك خلافاً عند من اعتبر إقرار أربع مرات لأن احدى الحجتين لم تكمل ولا تلفق احداهما بالأخرى

(الثالثة) إذاشهدوا بزناقديم أواقر به وجب الحد وبهذا قال مالك والأوزاعى والثورى واسحاق وأبو ثور وقال أبو حنيفة لا أقبل بينة على زنا قديم واحدة بالاقرار به وهذا قول ابن حامد وذكره ابن أبى موسى مذهبا لأحمد لأن تأخيره للشهادة إلى هذا الوقت يدل على التهمة ، ولنا عموم الآية وانه حق يثبت على الفور فيثبت بالبينة بعد تطاول الزمن

(١) قوله « وان كان رجوعه بعد الحكم الخ » أى لأن الشهادة كملت واتصل الحكم بها فلم يجب عليهم شيء لعدم كونهم قذفة

(٢) قوله « ويغرم الراجع ربع ما أتلفوه » أى لأنه أقر على نفسه برجوعه لأن التلف حصل بفعله وفعل غيره فيقبل على نفسه فقط ، وظاهره انه لا حد على الراجع أيضاً ونقله أبو النظر لأنه تائب ، والمذهب انه يحد وحده ان ورث حد القذف على ما تقدم فى آخر خيار الشرط فى البيع فان كان رجما ضمن ربع المتلف بدية أو غيرها ان صرح بالخطأ وان قال عمدنا الكذب ليقتل قتل وحده

(٣) قوله « وان شهد أربعة بالزنا الخ » وبهذا قال الشعبى والثورى والشافعى وأبو ثور واصحاب الرأى وقال مالك عليها الحد لأن شهادة النساء لا مدخل لها فى الحدود . ولنا ان البكارة تثبت بشهادة النساء ووجودها يمنع من الزنا ظاهراً لأن الزنا لا يحصل بدون الايلاج فى الفرج وانما لم يجب الحد على الشهود لاحتمال صدقهم فانه يحتمل انه وطئها ثم عادت عذرتها

(٤) قوله « وهل يحد الخ » إحداهما لا يجب الحد على واحد منهم وهذا قول=

بمجرده (١)

باب حد القذف

وهو الرمى بالزنا ومن قذف محصنا فعليه جلد ثمانين جلدة ان كان القاذف حرا وأربعين ان كان عبدا(٢). وهل حدالقذف حق لله تعالى او للآدمى؟ على

=أبى حنيفة لأن الأولين قدجرحهم الآخرون بشهادتهم عليهم والآخرون تتطرق اليهم التهمة. والثانية يجب الحد على الشهود الأولين وهو الصحيح من المذهب لأن شهادة الآخرين صحيحة فيجب الحكم بها وهذا قول ابى يوسف

(١) قوله « وان حملت امرأة الخ » هذا المذهب فان ادعت انها أكرهت او وطئت بشبهة او لم تعترف بالزنا لم تحد وهذا قول ابى حنيفة والشافعى، وقال مالك عليها الحد اذا كانت مقيمة غير غريبة الا ان تظهر امارات الاكراه بأن تأتى مستغيثة او صارخة لقول عمر رضى الله عنه والرجم واجب على كل من زنا من الرجال والنساء إذا كان محصنا اذا قامت البينة او كان الحبل اوالاعتراف. وروى ان عثمان اتى بامرأة ولدت لستة اشهر فأمر عثمان ان ترجم فقال على ليس لك عليها سبيل قال الله تعالى ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ﴾ وهذا يدل انه رجمها بحملها وعن عمر نحو هذا وعن على رضى الله عنه انه قال يا أيها الناس ان الزنا زنا آن زناء سر وزناء علانية فزنا السر أن يشهد الشهود وزنا العلانية ان يظهر الحبل او الاعتراف وهذا قول سادة الصحابة ولم يظهر لهم مخالف فى عصرهم فيكون اجماعا وعن احمد انها تحد اذا لم تدع شبهة اختاره الشيخ تقى الدين، ووجه الأول انه يحتمل انه من اكراه او شبهة والحد يسقط بالشبهات وقد قيل ان المرأة تحمل من غير وطء بأن يدخل ماء الرجل فى فرجها اما بفعلها أو فعل غيرها

(٢) قوله « ومن قذف حراً محصنا الخ » المحصنات فى القرآن جاءت بأربعة معان احدها العفائف وهو المراد ههنا والثانى بمعنى المزوجات كقوله ﴿ والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم ﴾ وقوله ﴿ محصنات غير مسافحات ﴾ والثالث بمعنى الحرائر كقوله ﴿ ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات ﴾ الآية وقوله ﴿ والمحصنات من المؤمنات ﴾ وقوله ﴿ فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ﴾ الرابع بمعنى الاسلام كقوله فاذا أحصن فان أتين بفاحشة قال ابن مسعود احصانها=

روايتين(١). وقذف غير المحصن يوجب التعزير. والمحصن هو الحر المسلم العاقل العفيف الذي يجامع مثله(٢) وهل يشترط البلوغ؟ على روايتين. وإن قال زنيت وأنت صغيرة وفسره بصغر عن تسع سنين لم يحد والا خرج على الروايتين وإن قال لحرة مسلمة زنيت وأنت نصرانية أو أمة ولم تكن كذلك فعليه الحد، وإن كانت كذلك وقالت أردت قذفي في الحال فأنكرها فعلى وجهين

= اسلامها واجمع العلماء على وجوب الحد على من قذف محصنا إذا كان القاذف مكلفا فيجب بقذف المحصن ثمانون جلدة اجماعا لقوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات﴾ الآية والرقيق على النصف من ذلك في قول اكثر العلماء ويروى ان ابا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم جلد عبداً قذف حراً ثمانين وبه قال قبيصة وعمر بن عبد العزيز لعموم الآية والصحيح الاول لاجماع الصحابة قال عبد الله بن عامر بن ربيعة ادركت ابا بكر وعمر وعثمان والخلفاء هلم جرا ما رأيت احدا جلد عبداً في فرية اكثر من اربعين رواه مالك، وكحد الزنا وهذا الحكم جار ولو عتق قبل الحد على المذهب

[تنبيه] يشترط في صحة قذف القاذف ان يكون مكلفا وهو العاقل البالغ

(١) قوله « وهل حد القذف الخ » احداهما هو حق لآدمي وهو المذهب جزم به في الوجيز وغيره وقدمه في الفروع والكافي وغيرهما وصححه في النظم وغيره قال الزركشي هو المنصوص المختار للأصحاب والثانية حق لله فعلى المذهب يسقط بالعفو والابراء وعلى كلا الروايتين لايحد ولا يجوز ان يعرض له الا بطلب وذكره الشيخ تقي الدين اجماعا

[فائدة] ليس المقذوف استيفاؤه بنفسه على الصحيح من المذهب وذكره ابن عقيل اجماعا وانه لو فعل لم يعتد به

قوله « وقذف غير المحصن يوجب التعزير » وكذا يعزر بقذف العبد وهو المذهب

(٢) قوله « والمحصن الخ » زاد في الرعاية والوجيز الملتزم وهذا المذهب وبه يقول جماعة العلماء قديما وحديثا سوى ماروى عن داود انه اوجب الحد على قاذف العبد ولا يجب الحد بقذف الكافر والعبد، وقال ابن عقيل في عمد الادلة عندي يحد بقذف العبد لعدالته وانه أشبه بالمذهب وهو أحسن حالا من الفاسق

ومن قذف محصنا فزال إحصانه قبل إقامة الحد لم يسقط الحد عن القاذف[١]

فصل

والقذف محرم الا في موضعين : أحدهما ان يرى امرأته تزنى فى طهر لم يصبها فيه فيعتزلها وتأتى بولد يمكن ان يكون من الزانى[٢] فيجب عليه قذفها ونفى ولدها . والثانى ان لا تأتى بولد يجب نفيه او استفاض زناها فى الناس

على قوله « وهل يشترط البلوغ على روايتين » احداهما لا يشترط بلوغه بل يكون مثله يطأ أو توطأ وهذا المذهب قال أبو بكر لا يختلف قول أبى عبد الله انه يحد قاذفه اذا كان ابن عشرة أو اثنتى عشرة سنة لأنه حر عاقل عفيف يتعير بهذا القول وهو من مفردات المذهب ، والثانية يشترط وبه قال الشافعى وابو ثور وأصحاب الرأى لأنه أحد شرطى التكليف فاشبه العقل فعلى المذهب لا يقام الحد على القاذف حتى يبلغ المقذوف ويطالب به بعده وعلى المذهب يشترط ان يكون ابن عشر وان تكون ابنة تسع كما قال المصنف بعد ذلك

(١) قوله « ومن قذف محصناً الخ » هذا المذهب وعليه الاصحاب ونص عليه وهو من مفردات المذهب وبه قال الثورى وأبو ثور والمزنى وداود وقال مالك والشافعى وابو حنيفة لا حد عليه لأن الشروط يجب استدامتها إلى حالة إقامة الحد بدليل انه لو ارتد أو جن لم يقم الحد ولنا ان الحد قد وجب وتم بشروطه فلم يسقط بزوال شرط الوجوب كما لو زنى بأمة ثم اشتراها

(٢) قوله « أحدهما ان يرى امرأته الخ » وهـــذا بلا نزاع لأن ذلك يجرى مجرى اليقين من ان الولد من الزانى لكونها أتت به لستة أشهر من حين الوطء فاذا لم ينفه لحقه الولد وورثه وورث أقاربه وورثوا منه ونظر الى بناته واخواته وليس ذلك بجائز فيجب نفيه لازالة ذلك وقد روى عنه ﷺ انه قال أيما امرأة ادخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله فى شىء ولن يدخلها الله جنته وايما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله تعالى منه وفضحه على رءوس الأولين والآخرين رواه أبو داود . وكذا لو أقرت بالزنا ووقع فى نفسه صدقها فهو كما لو رآها

او أخبره به ثقة ورأى رجلا يعرف بالفجور يدخل اليها(١) فيباح قذفها ولا يجب . وان أتت بولد يخالف لونه لونهما لم يبح نفيه بذلك وقال أبو الخطاب ظاهر كلامه إباحته(٢)

فصل

وألفاظ القذف تنقسم الى صريح وكناية ، فالصريح قوله يازانى ياعاهر زنى فرجك مما لا يحتمل غير القذف فلا يقبل قوله بما يحيله(٣) وإن قال يالوطى أو يا معفوج فهو صريح(٤). وقال الخرقى إذا قال أردت انك من قوم

---

(١) قوله « الثانى ان لا تأتى بولد يجب نفيه » يعنى يراها تزنى ولا تأتى بولد يجب نفيه « أو استفاض الخ » اى لأنه يغلب على ظنه فجورها فيباح قذفها ولا يجب قال الاصحاب فراقها أولى من قذفها ولا يجوز قذفها بخبر من لا يوثق بخبره لأنه غير مأمون من الكذب عليها ولا برؤيته رجلا خارجا من عندها لأنه يجوز أن يكون دخل سارقا او هاربا او لحاجة او لغرض فاسد فلم يمكنه

(٢) قوله « وان أتت بولد يخالف الخ » هذا المذهب وعليه الاصحاب لما روى ابو هريرة رضى الله عنه قال جاء رجل من بنى فزارة إلى النبي ﷺ فقال ان امرأتى جاءت بولد اسود يعرض بنفيه فقال النبي ﷺ هل لك من ابل قال نعم قال فما ألوانها قال حمر قال هل فيها من أورق قال ان فيها لورقا قال فانى أتاها ذلك ؟ قال عسى ان يكون نزعه عرق قال فهذا عسى ان يكون نزعه عرق قال ولم يرخص له فى الانتفاء منه متفق عليه

(٣) قوله « والصريح قوله يا زانى الخ » هذا المذهب وعليه الاصحاب فلا يقبل قوله أردت يا زانى العينين ولا يا عاهر اليد وقال فى التبصرة لم يقبل مع سبقه ما يدل على قذف صريح والا قبل

(٤) قوله « وان قال يا لوطى الخ » اذا قال له يالوطى فهوصريح على الصحيح من المذهب نص عليه فى رواية الجماعة وسواء كان فاعلا أو مفعولا به وهو قول الحسن والنخعى والزهرى ومالك وابو يوسف ومحمد وابى ثور وقال عطاء وقتادة وأبو حنيفة لا حد عليه لأنه قذف بما لا يوجب الحد عنده . وعندنا هو موجب للحد وقد بيناه وكذلك لو قذف امرأة انها وطئت فى دبرها اوقذف رجلا بوطء

لوط فلا حد عليه وهو بعيد وان قال أردت انك تعمل عمل قوم لوط غير اتيان الرجل احتمل وجهين وان قال لست بولد فلان فقد قذف أمه[1] وان قال لست بولدى فعلى وجهين[2] وان قال انت ازنى الناس أو ازنى من فلانة او قال لرجل يا زانية أو لامرأة يا زانى[3] أو قال زنت يداك ورجلاك فهو صريح

=امرأة فى دبرها فعليه الحد عندنا وعن أبى حنيفة لاحد عليه ومبنى الخلاف هنا على وجوب الحد على فاعل ذلك وقد تقدم الكلام فيه وان قذف رجلا بإتيان بهيمة انبنى ذلك على وجوب الحد على فاعله واما اذا قال يا معفوج فهو صريح أيضا على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب قال الامام أحمد يحد به

[فائدة] من الألفاظ الصريحة قوله يا منيوك أو يا منيوكة لكن ان فسر قوله يا منيوكة بفعل الزوج لم يكن قذفا ذكره فى التبصرة والرعاية واقتصر عليه فى الفروع قال صاحب الانصاف : لو قيل انه قذف بقرينة غضب وخصومة لكان متجها

(١) قوله « وان قال لست بولد فلان الخ » وهذا المذهب الا ان يكون منفيا بلعان ولم يستلحقه ابوه ويحتمل ان لا يكون قذفا لأنه يجوز ان يريد انك لا تشبهه فى كرمه وأخلاقه

[فائدة] وكذا الحكم لو نفاه عن قبيلته على المذهب وبه قال النخعى واسحاق فاما ان نفاه عن أمه فلا حد عليه لأنه لم يقذف أحداً بالزنا ، وان قذف ابن الملاعنة حد

(٢) قوله « وان قال لست بولدى الخ » أحدهما ليس بقذف اذا فسره بما يحتمله فيكون كناية وهو الصحيح من المذهب نص عليه لأن للرجل ان يغلظ لولده فى القول والفعل

(٣) قوله « وان قال انت أزنى الناس الخ » إذا قال انت أزنى الناس او ازنى من فلانة فهو صريح على الصحيح من المذهب وليس بصريح عند ابن حامد وكذا الحكم لو قال لرجل يا زانية أو لامرأة يا زانى وهذا مذهب الشافعى واختار ابن حامد انه ليس بقذف الا ان يفسره به وهو قول ابى حنيفة لأنه يحتمل ان يريد بقوله يا زانية يا علامة فى الزنا كما يقال للعالم علامة ولنا ان ما كان قذفا لأحد الجنسين=

فى القذف فى قول ابى بكر(١) وليس بصريح عند ابن حامد . وان قال زنأت فى الجبل مهموزا فهو صريح عند أبى بكر(٢) وقال ابن حامد ان كان يعرف العربية لم يكن صريحا(٣) وان لم يقل فى الجبل فهل هو صريح او كالتى قبلها ؟ على وجهين(٤)

= كان قذفا للآخر كقوله زنيت بفتح التاء وكسرها لها جميعا فعلى الأول فى قذف فلانة وجهان أحدهما ليس بقاذف لها قدمه فى الكافى قال فى الرعاية وهو اقيس وجزم به فى الاقناع لأن لفظة أفعل تستعمل للمنفرد بالفعل كقوله ﴿أفمن يهدى الى الحق أحق أن يتبع﴾ والثانى هو قذف لها أيضا وقال الشافعى وأصحاب الرأى ليس بقذف للأول ولا للثانى الا ان يريد القذف وهو قول ابن حامد

(١) قوله « أو قال زنت يداك الخ » المذهب انه ليس بصريح قال المصنف والشارح هذا ظاهر المذهب واختاراه لان زنا هذه الاعضاء لا يوجب الحد لقوله عليه الصلاة والسلام « العينان تزنيان وزناهما النظر » الخبر

[فائدة] اذا قال يا زانى ابن الزانية فعليه حدان فان تشاحا قدم حق الابن وعنه حد واحد

(٢) قوله « وان قال زنأت فى الجبل الخ » المذهب قول ابى بكر لأن عامة الناس لا يفهمون من ذلك الا القذف فكان قذفا كما لو قال زنيت

(٣) قوله « وقال ابن حامد الخ » أى لأن معناه فى العربية طلعت

(٤) قوله « وان قال زنأت ولم يقل فى الجبل الخ » احدهما هو صريح وهو المذهب وقال الشافعى ومحمد بن الحسن ليس بقذف وقال الشافعى يستحلف على ذلك

[فائدة] إذا قال لرجل زنيت بفلانة كان قاذفا لها ، وان أقر رجل انه زنا بامرأة فهو قاذف لها سواء لزمه باقراره حد الزنا أو لم يلزمه وبهذا قال ابن المنذر وابو ثور ويشبه مذهب الشافعى ، وقال ابو حنيفة لا يلزمه حد القذف لأنه يتصور منه الزنا بغير زناها لاحتمال ان تكون مكرهة او موطوءة بشبهة . ولنا ما روى ابن عباس رضى الله عنهما ان رجلا من بنى بكر بن ليث أتى النبى ﷺ فأقر انه زنا بامرأة اربع مرات فجلده مائة وكان بكراً ثم سأله البينة على المرأة فقالت كذب والله يا رسول الله فجلده حد الفرية ثمانين رواه ابو داود

والكناية نحو قوله لامرأته قد فضحتيه وغطيت او نكست رأسه وجعلت له قرونا وعلقت عليه اولادا من غيره وأفسدت فراشه[١] او يقول لمن يخاصمه يا حلال ابن الحلال ما يعرفك الناس بالزنا والفجور ياعفيف او يا فاجرة ياقحبة يا خبيثة او يقول لعربي يانبطي يافارسي يارومي او يسمع رجلا يقذف رجلا فيقول صدقت او اخبرني فلان انك زنيت وكذبه الآخر فهذا كناية إن فسره بما يحتمله غير القذف قبل قوله في أحد الوجهين وفي الآخر جميعه صريح ، وان قذف أهل بلدة او جماعة لا يتصور الزنا من جميعهم عزر ولم يحد وان قال لرجل اقذفني فقذفه فهل يحد ؟ على وجهين وان قال لامرأته يازانية قالت بك زنيت لم تكن قاذفة ويسقط عنه الحد بتصديقها وإذا قذف المرأة لم يكن لولدها المطالبة اذا كانت الام في الحياة[٢] وان قذفت وهي ميتة مسلمة كانت او كافرة حرة او امة حد القاذف اذا طالب الابن وكان حرا مسلما ذكره الخرقي[٣] وقال ابو بكر لا يجب الحد بقذف ميتة وان

---

(١) قوله « والكناية الخ » وهما روايتان وهذا المذهب في ذلك كله وفي الوجه الآخر جميعه صريح اختاره القاضي وجماعة كثيرة من أصحابه . واختلفت الرواية عن احمد في التعريض بالقذف كقوله لمن يخاصمه يا حلال ابن الحلال الخ فعنه لا حد عليه وهو ظاهر كلام الخرقي واختيار ابي بكر وبه قال عطاء وعمرو ابن دينار وقتادة والثوري والشافعي وأبو ثور واصحاب الرأي وابن المنذر لما روي ان النبي ﷺ قال له رجل ان امرأتي ولدت غلاما أسود يعرض بنفيه فلم يلزمه بذلك حد وروى الأثرم وغيره ان عليه الحد روي ذلك عن عمر رضي الله عنه وبه قال اسحاق

(٢) قوله « واذا قذف المرأة الخ » لأن الحق لها فلا يطالب به غيرها ولا يقوم غيرها مقامها سواء كانت محجورا عليها او غير محجور لأنه حق يثبت للتشفي فلا يقوم فيه غير المستحق مقامه

(٣) قوله « وان قذفت وهي ميتة الخ » هذا المذهب صححه في المحرر ونصره المصنف والشارح وجزم به في الوجيز والزركشي لأنه قدح في نسبه لانه بقذف أمه ينسبه الى انه من زنا

مات المقذوف سقط الحد(١) ومن قذف ام النبي ﷺ قتل مسلما كان او كافرا(٢) وان قذف الجماعة بكلمة واحدة فحد واحد اذا طالبوا أو واحد منهم(٣) وعنه

---

(١) قوله « وان مات المقذوف سقط الحد » اذا قذف قبل موته ثم مات فلا يخلو اما ان يكون قد طالب أولا فان مات ولم يطالب سقط الحد بلا اشكال وعليه الاصحاب ونص عليه وان كان طالب فالصحيح به من المذهب انه لا يسقط وللورثة طلبه نص عليه وعليه الاصحاب وحد القذف لجميع الورثة على الصحيح من المذهب حتى الزوجين ونص عليه فلو عفا بعضهم حد للباقين كاملا على الصحيح من المذهب

(٢) قوله « ومن قذف أم النبي ﷺ الخ » هذا المذهب فيكون حده القتل ولا تقبل توبته نص عليه ويكفر المسلم بذلك وعليه الأصحاب . وعنه ان تاب لم يقتل وبه قال ابو حنيفة والشافعي مسلما كان او كافراً لأن هذا منه ردة والمرتد يستتاب وتصح توبته. ولنا ان هذا حد قذف فلا يسقط بالتوبة كقذف غير ام النبي ﷺ ولأنه لو قبلت توبته وسقط حده لكان أخف حكما من آحاد الناس لأن قذف غيره لا يسقط بالتوبة ولا بد من اقامته ولما فى ذلك من القدح فى النبوة المعرض للكفر . واختلفت الرواية فيما اذا كان القاذف كافراً فاسلم فروى عنه لا يسقط باسلامه وهو المذهب لانه حد قذف فلم يسقط بالاسلام . وعنه يسقط بالاسلام لأنه لو سب الله تعالى ثم أسلم سقط عنه القتل فسب نبيه أولى ولأن الاسلام يجب ما قبله والخلاف فى سقوط القتل عنه فأما توبته فيما بينه وبين الله تعالى فمقبولة

[فائدة] قذفه عليه الصلاة والسلام كقذف أمه ويسقط سبه بالاسلام كسب الله تعالى وفيه خلاف فى المرتد قاله المصنف وغيره . وقال الشيخ تقي الدين وكذا من سب نساءه لقدحه فى دينه وانما لم يقتلهم لأنهم تكلموا قبل علمه براءتها وانها من أمهات المؤمنين

(٣) قوله « وان قذف الجماعة بكلمة واحدة الخ » فحد لمن طلب ثم لا حد بعده على الصحيح من المذهب وبه قال طاوس والشعبي والزهري والنخعي وقتادة وحماد ومالك والثوري وأبو حنيفة وصاحباه وابن ابي ليلى واسحاق . وعنه يحد لكل واحد حدا وبه قال الحسن وابو ثور وابن المنذر وللشافعي قولان كالروايتين ووجه هذا انه قذف كل واحد منهم فلزمه له حد كامل كما لو قذفهم بكلمات . ولنا

ان طالبوا متفرقين حد لكل حداً وان عاد للقذف فاعاده لم يعد عليه الحد(١)

باب حد السكر(٢)

كل شراب اسكر كثيره فقليله حرام من أى شيء كان ويسمى خمرا(٣) ولا

= قوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ لم يفرق بين قذف واحد أو جماعة ولأن الذين شهدوا على المغيرة بن شعبة قذفوا امرأة فلم يحدهم عمر إلا حداً واحداً

(١) قوله « وان قذفهم بكلمات الخ » هذا المذهب مطلقا وبه قال عطاء والشعبي وقتادة وابن أبي ليلى والشافعي وابو حنيفة وقال حماد ومالك لا يجب الاحد واحد لأنها جناية توجب حداً فاذا تكررت كفى حد واحد كما لو سرق من جماعة أو زنى بنساء . ولنا انها حقوق لآدميين فلم تتداخل كالديون والقصاص وفارق ما قاسوا عليه فانه حق لله تعالى

(٢) وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر ـ الى قوله ـ فهل أنتم منتهون﴾ واما السنة فقوله ﷺ « كل مسكر خمر وكل خمر حرام رواه احمد وابو داود ومسلم من حديث ابن عمر الى غير ذلك من الأحاديث وأجمعت الأمة على تحريمها وانما حكى عن قدامة بن مظعون وعمرو بن معدى كرب وابى جندل بن سهيل بن عمرو انهم قالوا هى حلال لقوله تعالى ﴿ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا﴾ الآية فبين لهم علماء الصحابة معنى هذه الآية وتحريم الخمر وأقاموا عليهم الحد لشربهم اياه فرجعوا إلى ذلك فانعقد الاجماع فمن استحلها الآن فقد كذب النبي ﷺ فيكفر بذلك ويستتاب فان تاب وإلا قتل

(٣) قوله « كل شراب الخ » هذا المذهب مطلقا نص عليه فى رواية الجماعة وحكمه حكم عصير العنب فى تحريمه ووجوب الحد على شاربه وروى تحريم ذلك عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عمر وابى هريرة وسعد بن أبي وقاص وابى بن كعب وأنس وعائشة رضى الله عنهم وبه قال عطاء ومجاهد وطاوس والقاسم وقتادة وعمر بن عبد العزيز ومالك والشافعي وابو ثور وابو عبيد واسحاق وقال ابو حنيفة فى عصير العنب اذا طبخ وذهب ثلثاه ونقيع التمر والزبيب اذا طبخ وان لم =

يحل شربه للذة ولا للتداوى ولا لعطش ولا غيره الا ان يضطر اليه لدفع لقمة غص بها فيجوز(١) . ومن شربه مختارا عالما ان كثيره يسكر قليلا كان

= يذهب ثلثاه ونبيذ الحنطة والذرة والشعير ونحوذلك نقيعاً كان أو مطبوخاً كل ذلك حلال الا ما بلغ السكر فأما عصير العنب اذا اشتد بغير طبخ فهذا محرم قليله وكثيره لما روى ابن عباس رضى الله عنهما عن النبي ﷺ قال «حرمت الخمرة لعينها والمسكر من كل شراب» ولنا ماروى جابر رضى الله عنه ان النبي ﷺ قال «ما اسكر كثيره فقليله حرام» رواه ابو داود وابن ماجه والترمذى وحسنه وروى ابن عمر رضى الله عنهما ان عمر رضى الله عنه قال على منبر رسول الله ﷺ : أما بعد أيها الناس ان الله أنزل تحريم الخمر وهى من خمسة من العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير والخمر ما خامر العقل متفق عليه وأباح ابراهيم الحربى نقيع التمر اذا طبخ ما دون السكر قال الخلال فتياه على قول أبى حنيفة قال الامام احمد ليس فى الرخصة حديث صحيح وقال ابن المنذر جاء أهل الكوفة بأحاديث معلولة وحديث ابن عباس رواه سعيد عن ابن عباس وقال والمسكر من كل شراب وقيل انه موقوف على ابن عباس وروت عائشة مرفوعا ما اسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام رواه سعيد وأحمد وابو داود والترمذى وحسنه واسناده ثقات وعن احمد لايحد باليسير المختلف فيه واختار الشيخ تقى الدين وجوب الحد بأكل الحشيشة العنبية وقال هى حرام سواء سكر منها أو لم يسكر والسكر منها حرام باتفاق المسلمين وضررها من بعض الوجوه أعظم من ضرر الخمر ولهذا أوجب الفقهاء منها الحد كالخمر وتوقف بعض المتأخرين فى الحد بها وان اكلها موجب التعزير بما دون الحد فيه نظر اذ هى داخلة فى عموم ما حرم الله

(١) قوله « ولا يحل شربه الخ » أى فان فعل فعليه الحد وقال ابو حنيفة يباح شربها للتداوى وللشافعى وجهان كالمذهبين . ولنا ما روى وائل بن حجر ان طارق بن سويد الجعفى سأل النبي ﷺ عن الخمر فنهاه او كره له أن يصنعها فقال انما أصنعها للدواء فقال انه ليس بدواء ولكنه داء رواه مسلم وقال ابن مسعود ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم رواه البخارى ورواه احمد من حديث حسان بن مخارق عن ام سلمة مرفوعا وصححه ابن حبان

أو كثيرا فعليه الحد ثمانون جلدة[1] وعنه أربعون ان كان حرا والرقيق على النصف من ذلك الا الذمى فانه لا يحد بشربه فى الصحيح من المذهب وهل يجب الحد بوجود الرائحة؟ على روايتين . والعصير اذا أتت عليه ثلاثة أيام حرم الا ان يغلى قبل ذلك فيحرم نص عليه وعند أبى الخطاب ان هذا

---

(١) قوله « ومن شربه مختاراً الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب ولا نعلم بين أهل العلم خلافا فى عصير العنب غير المطبوخ . واختلفوا فى سائرها فمذهب أحمد التسوية بين عصير العنب وغيره من المسكرات وهو قول الحسن وعمر بن عبد العزيز وقتادة والأوزاعى ومالك والشافعى وقالت طائفة لا يحد الى أن يسكر منهم ابو وائل والنخعى وكثير من أهل الكوفة وأصحاب الرأى وقال ابو ثور من شربه معتقداً تحريمه حد ومن شربه متأولا فلا حد عليه لأنه مختلف فيـــه فأشبه النكاح بلا ولى. ولنا ماروى عنه ﷺ انه قال «من شرب الخمر فاجلدوه» رواه أبو داود وغيره وقد ثبت ان كل مسكر خمر فيتناول الحديث قليله وكثيره . وحده ثمانون وهو المذهب وبه قال مالك والثورى وابو حنيفة ومن تبعهم لاجماع الصحابة فانه روى أن عمر استشار الناس فى حد الخمر فقال عبد الرحمن اجعله كأخف الحدود ثمانين فضرب عمر ثمانين وكتب به الى خالد وأبى عبيدة بالشام وروى ان علياً قال اذا سكر هذى واذا هذى افترى فحده حد المفترى روى ذلك الجوزجانى والدارقطنى وغيرهما.وعنه اربعون ان كان حراً اختاره ابو بكروالمصنفوالشارح وجزم به فى العمدة والتسهيل وهو مذهب الشافعى .

على قوله « وعنه أربعون ان كان حرا » * لأن علياً جلد الوليد بن عقبة اربعين ثم قال جلد النبى ﷺ اربعين وابو بكر أربعين وعمر ثمانين وكل سنة رواه مسلم وعن أنس رضى الله عنه قال أتى رسول الله ﷺ برجل قد شرب الخمر فضربه بالنعال نحوا من اربعين ثم أتى به أبو بكر فصنع به مثل ذلك ثم أتى به عمر فاستشار الناس فى الحدود فقال ابن عوف أقل الحدود ثمانون فضربه عمر متفق عليه وفعله ﷺ حجة لا يجوز تركه لفعل غيره ولا ينعقد الاجماع على ماخالف فعله ﷺ وأبى بكر وعلى فيحمل الزيادة على التعزير

على قوله « فانه لا يحـــد بشربه على الصحيح من المذهب » * وكذا الحربى والمستأمن وهو المذهب لأنه يعتقد حله

محمول على عصير يتخمر فى ثلاث غالبا[1] ولا يكره ان يترك فى الماء تمرا او زبيبا ونحوه ليأخذ ملوحته مالم يشتد أو يأتى عليه ثلاث . ولا يكره الانتباذ فى الدباء والحنتم والنقير والمزفت[2] وعنه يكره ويكره الخليطان وهو ان ينتبذ شيئين كالتمر والزبيب ولا بأس بالفقاع [3]

على قوله « وهل يجب الحد بوجود الرائحة على روايتين » ۞ احداهما لا يحد وهو قول عامة أهل العلم منهم الثورى وأبو حنيفة والشافعى . وعنه يحد وهو قول مالك لأن ابن مسعود رضى الله عنه جلد رجلا وجد منه رائحة الخمر . وعنه يحد اذا لم يدع شبهة قال ابن أبى موسى وهى أظهر عن احمد واختارها ابن عبدوس فى تذكرته والشيخ تقى الدين ووجه الاول انه يحتمل أنه تمضمض بها أو ظنها ماء فلما صارت فى فيه مجها أو ظنها لا تسكر أو كان مكرهاً

على قوله « والعصير إذا أتت عليه ثلاثة أيام حرم » ۞ هذا المذهب وعليه الاصحاب وبين ذلك فى المحرر والوجيز وغيرهما فقالوا بلياليهن وهو من مفردات المذهب

(١) قوله « ان هذا محمول الخ » لقوله عليه الصلاة والسلام « اشربوا فى كل وعاء ولا تشربوا مسكرا » ولأن التحريم مختص بالمسكر قال المصنف ويحتمل ان يكون شربه بعد الثلاث ووجه الأول إذا لم يغل مكروها غير محرم فان أحمد لم يصرح بالتحريم ، وقال فى موضع أكرهه لان النبى ﷺ لم يكن يشربه بعد الثلاث ووجه الأول ما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى ﷺ كان ينبذ له الزبيب فيشربه اليوم والغد وبعد الغد الى مساء ثالثة ثم يأمر به فيسقى الخادم أو يهراق رواه مسلم

(٢) قوله « ولا يكره الانتباذ الخ » الدباء القرعة اليابسة المجعولة وعاء والحنتم جرار مدهونة واحدتها حنتمة والنقير أصل النخلة ينقر ثم ينبذ فيه التمر فعيل بمعنى مفعول والمزفت هو الوعاء المطلى بالزفت نوع من القار لما روى بريدة أن رسول الله ﷺ قال نهيتكم عن ثلاث وأنا آمركم بهن نهيتكم عن الأشربة فى ظروف الأدم واشربوا فى كل وعاء ولا تشربوا مسكرا رواه مسلم وهذا دليل على نسخ النهى ولا حكم للمنسوخ

(٣) قوله « ويكره الخليطان الخ » وكذا البسر والتمر ونحوه وهذا المذهب بلاريب وعليه جماهير الأصحاب ونقله الجماعة عن أحمد لما روت عائشة رضى الله

باب التعزير

وهو التأديب . وهو واجب فى كل معصية لا حد فيها ولا كفارة(١) كالاستمتاع الذى لا يوجب الحد وإتيان المرأة المرأة وسرقة ما لا يوجب القطع والجناية على الناس بما لا قصاص فيه والقذف بغير الزنا ونحوه. ومن وطىء امة امرأته فعليه الحد الا ان تكون احلتها له فيجلد مائة(٢) وهل يلحقه

= عنها قالت كنا ننبذ لرسول الله ﷺ فنأخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب فنطرحها فيه ثم نصب عليه الماء فننبذه غدوة فيشرب به عشية وننبذه عشية فيشرب به غدوة رواه أبو داود وابن ماجه وقد روى أبو داود باسناده عن رسول الله ﷺ انه نهى أن ينبذ البسر والرطب جميعا ونهى أن ينبذ الزبيب والتمر جميعا وفى رواية انتبذوا كل واحد على حدة وعن أبى قتادة قال نهى رسول الله ﷺ ان يجمع بين التمر والزهو والتمر والزبيب ولينتبذ كل واحد منهما على حدة متفق عليه قال القاضى يعنى أحمد بقوله هو حرام اذا اشتد وأسكر واذا لم يسكر لم يحرم وهذا هو الصحيح إن شاء الله تعالى وانما نهى النبى ﷺ لعلة إسراعه إلى السكر المحرم فاذا لم يوجد لم يثبت التحريم وقد دل على هذا حديث عائشة رضى الله عنها يعنى المتقدم

(١) قوله « وهو واجب فى كل معصية الخ » أى وكاليمين الغموس وكدعاء عليه ولعنه وليس لمن لعن ردها لعموم النهى عن اللعن وكنهب وغصب واختلاس وسب صحابى وغير ذلك من المحرمات التى لا حد فيها ولا كفارة فيعزر بها المكلف وجوبا لأن المعصية تفتقر إلى ما يوجب المنع من فعلها وقال صاحب الروضة إذا زنى ابن عشر وبنت تسع عزرا وقال الشيخ تقى الدين : لا نزاع بين العلماء ان غير المكلف كالصبى المميز يعاقب على فعله الفاحشة تعزيرا بليغا وكذا المجنون يضرب على ما فعل لينزجر لكن لا عقوبة بقتل أو قطع . وفى الرعاية الصغرى ما أوجب حدا على مكلف عزر به المميز كالقذف انتهى وان ظلم صبى صبيا أو مجنون مجنوناً أو بهيمة بهيمة اقتص للمظلوم من الظالم وان لم يكن فى ذلك زجر لكن للتشفى

(٢) قوله « ومن وطىء أمة امرأته الخ » هذا بلا نزاع فى الجملة الا أن تكون أحلتها له فيجلد مائة وهذا المذهب ولا يرجم ان كان ثيبا وان كان بكراً لم يغرب وحكى عن النخعى انه يعزر ولا حد عليه لأنه يملك امرأته فكانت له شبهة فى =

نسب ولدها؟ على روايتين[١]. ولا يسقط الحد بالاباحة فى غيرهذا الموضع ولا يزاد فى التعزير على عشر جلدات فى غير هذا الموضع لقول النبى ﷺ «لا يجلد أحد فوق عشر جلدات الا فى حد من حدود الله»[٢] وعنه ما كان سببه الوطء كوطء جاريته المشتركة المزوجة ونحوه ضرب مائة ويسقط عنه النفى[٣] وكذلك يتخرج فيمن أتى بهيمة وغير الوطء لا يبلغ به أدنى الحدود

= مملوكتها وعن عمر وعلى وقتادة ومالك والشافعى انه كوطء الأجنبية سواء احلتها له أو لم تحلها لأنه لا شبهة له فيها فأشبه جارية أخته وعن ابن مسعود والحسن ان كان مستكرها فعليه غرم مثلها وتعتق وان كانت طاوعته فعليه غرم مثلها ويملكها لأن هذا يروى عن النبى ﷺ وقد رواه ابن عبد البر وقال هذا حديث صحيح ولنا ما روى أحمد وابو داود وغيرهما عن حبيب بن سالم ان رجلا يقال له عبد الرحمن ابن حنين وقع على جارية امرأته فرفع إلى النعمان بن بشير وهو أمير على الكوفة وقال لأقضين فيك بقضاء رسول الله ﷺ ان كانت أحلتها لك جلدتك مائة وان لم تكن أحلتها لك رجمتك ، قال الترمذى سألت محمداً عنه فقال أنا أتقى هذا الحديث وقال الخطابى ليس بمتصل وقال غيره رجاله ثقات إلا حبيب بن سالم قال البخارى فيه نظر وقد روى له مسلم ووثقه ابو حاتم

(١) قوله « وهل يلحقه الخ » احداهما لا يلحقه نسبه وهو المذهب نقله الجماعة عن احمد انه وطء لا فى ملك ولا شبهة ملك أشبه الزنا المحض والثانية يلحقه جزم به فى الوجيز كوطء الجارية المشتركة . وقال الشيخ تقى الدين ان ظن جوازه لحقه والا فروايتان فيه وفى حده

(٢) قوله « ولا يزاد فى التعزير الخ » الحديث متفق عليه من حديث أبى بردة ونص عليه أحمد فى مواضع وهو قول اسحاق . والثانية لايبلغ به الحد فيحتمل انه أراد لايبلغ به أدنى حد مشروع وهذا قول أبى حنيفة والشافعى فعلى هذا لايبلغ به أربعين سوطا لأنها حد العبد فى الخمر والقذف وهذا قول ابى حنيفة وان قلنا ان حد الخمر أربعون لم يبلغ به عشرين سوطا فى حق العبد وأربعين فى حق الحر وهذا مذهب الشافعى فلا يزاد العبد على تسعة عشر ولا الحر على تسعة وثلاثين وقال ابن أبى ليلى وأبو يوسف أدنى الحدود ثمانون فلا يزاد فى التعزير عن تسعة وسبعين

(٣) قوله « وعنه ما كان سببه الوطء الخ » اعلم انه اذا وطىء جاريته المشتركة =

ومن استمنى بيده لغير حاجة عزر وان فعله خوفا من الزنا فلا شيء عليه

باب القطع فى السرقة

ولا يجب الا بسبعة أشياء أحدها السرقة وهى أخذ المال على جهة الاختفاء. ولا قطع على منتهب ولا مختلس ولا غاصب ولا خائن ولا جاحد وديعة(١) ولا عارية(٢) وعنه يقطع جاحد العارية أيضا ويقطع الطرار الذى

= يعزر مائة الاسوطا على الصحيح من المذهب نص عليه فى رواية الجماعة وعنه يضرب مائة ويسقط عنه النفى وعنه لا يزاد على عشر جلدات وهو الذى قدمه المصنف هنا وأما اذا وطىء جاريته المزوجة او المحرمة برضاع اذا قلنا لا يحد بذلك على ما تقدم فى حد الزنا فعنه ان حكمه حكم وطء الجارية المشتركة على ما تقدم قال فى الفروع وهى أشهر عند جماعة وجزم به فى الهداية والمذهب والمستوعب والمصنف هنا والمحرر والرعايتين والحاوى الصغير وغيرهم وعنه لا يزاد على عشرة أسواط وان زدنا عليها فى وطء الجارية المشتركة قال فى الانصاف وهو المذهب على ما اصطلحناه

[فائدة] اذا وطىء ميتة وقلنا لا يحد على ما تقدم عزر بمائة جلدة وان وطىء جارية ولده عزر على الصحيح من المذهب وتكون مائة ولو وجد مع امرأته رجلا فانه يعزر بمائة جلدة قال ذلك فى الرعايتين وغيره واما العبد على القول بأن الحر يعزر بمائة او بمائة الا سوطا فانه يجلد خمسين الا سوطا على الصحيح من المذهب

[فائدة] يشترط فى السارق ان يكون مكلفا بلا نزاع وان يكون مختاراً على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وعنه او مكرها وعنه أو سكران وتقدم أحكام السكران فى أول كتاب الطلاق

(١) قوله « فلا قطع على منتهب الخ » هذا بلا نزاع نعلمه قال الشارح ولا نعلم فيه خلافا غير اياس بن معاوية قال اقطع المختلس وأهل الفقه والفتوى من علماء الأمصار على خلافه وقد روى عن النبى ﷺ انه قال على الخائن والمختلس قطع رواه ابو داود والترمذى وقال لم يسمعه ابن جريج من ابى الزبير وعن جابر مرفوعا ليس على المنتهب قطع رواه أبو داود وروى جابر ان النبى ﷺ قال « ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع » رواه احمد والنسائى والترمذى وصححه. والدارقطنى واسناده ثقات

(٢) قوله « ولا عارية » اختلف عن احمد رحمه الله فيه فعنه يقطع وهو المذهب =

يبط الجيب وغيره ويأخذ منه(١) وعنه لا يقطع

فصل

(الثانى) ان يكون المسروق مالا محترما (٢)سواء كان مما يسرع اليه الفساد

= نقله الجماعة عن الامام احمد وهو من مفردات المذهب وهو قول اسحاق لما روت عائشة رضى الله عنها ان امرأة كانت تستعير المتاع وتجحده فأمر النبى ﷺ بقطع يدها رواه مسلم قال احمد لا أعرف شيئا يدفعه . وعنه لا قطع اختاره الخرقى وابن شاقلا وأبو الخطاب والمصنف والشارح وابن منجا فى شرحه وهو قول سائر فقهاء الأمصار لقوله ﷺ « لا قطع على خائن » ولأن الواجب قطع السارق والخائن ليس بسارق فأشبه جاحد الوديعة فأما المرأة التى كانت تستعير المتاع فانها قطعت لسرقتها لا لجحدها ألا تسمع الى قوله فى الحديث « إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه » وقوله « والذى نفسى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعت يدها » وفى بعض ألفاظ رواية هذه القصة عن عائشة ان قريشا أهمهم شأن المخزومية التى سرقت وذكرت القصة رواه البخارى . وفى حديث انها سرقت قطيفة رواه الأثرم . وانما عرفتها عائشة بجحد العارية لكونها مشهورة بذلك .قال المصنف وفيما ذكرناه جمع بين الأحاديث فيكون أولى

(١) قوله « ويقطع الطرار الخ » هذا المذهب لأنه أخذ مال غيره على وجه الاختفاء أشبه السارق وسواء بطه أو قطعه فأخذه فلو بط جيبه فسقط منه نصاب فأخذه فعليه القطع نص عليه والثانية لا يقطع كالمختلس

(٢) قوله « الثانى أن يكون المسروق مالا الخ » الى قوله كالخشب والقصب وكذلك يقطع بسرقة الأحجار والصيد والنورة والجص والزرنيخ والتوابل والفخار والزجاج ونحوه وبه قال مالك والشافعى وأبو ثور وقال أبو حنيفة لاقطع على سارق الطعام والرطب الذى يتسارع اليه الفساد كالفواكه لقوله ﷺ « لا قطع فى ثمر ولا كثر » رواه ابوداود ولا قطع فيما كان أصله مباحا فى دار الاسلام كالصيود والخشب الا فى الساج والأبنوس والصندل والقنا والمعمول من الخشب فانه يقطع به وما عدا هذا لا يقطع به لأنه يوجد كثيراً فى دار الاسلام فأشبه التراب ولا قطع عنده فى القرون والتوابل والنورة والجص والزرنيخ والملح والحجارة واللبن =

كالفاكهة والبطيخ أولا وسواء كان ثمينا كالمتاع والذهب أو غير ثمين كالخشب

=والزجاج والفخار، قال الثورى ما يفسد فى يومه كالثريد واللحم لا قطع فيه ولنا عموم قوله تعالى ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله ﷺ سئل عن الثمر المعلق فذكر الحديث ثم قال ومن سرق منه شيئا بعد ان يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع رواه ابوداود وغيره. وروى ان عثمان أتى برجل قد سرق أترجة فأمر بها عثمان فأقيمت فبلغت قيمتها ربع دينار فأمر به عثمان فقطع رواه سعيد ورواه (*) عن (*) وقال هى الأترجة التى يأكلها الناس ، ولأن ما وجب القطع فى معموله وجب فيه قبل العمل كالذهب والفضة وحديثهم أراد به الثمر المعلق بدليل حديثنا فانه مفسر له

[تنبيه] دخل فى قوله مالا محترما الملح فاذا سرق من الملح ما قيمته نصاب قطع على الصحيح من المذهب وقيل لا يقطع اختاره ابو بكر

[فوائد] هل يقطع بسرقة تراب وكلأ وسرجين طاهر؟ على وجهين أحدهما يقطع بذلك وهو المذهب وهو ظاهر كلام المصنف وكثير من الأصحاب واختاره أبو اسحاق وابن عقيل . والوجه الثانى لا يقطع به اختـــاره الناظم فى السرجين والتراب قال ابو بكر لا قطع بسرقة كلأ وجزم به فى المغنى والكافى والشرح فى السرجين لانه لا يتمول عادة وأما السرجين البخس فالصحيح من المذهب انه لا يقطع لأنه ليس بمال وقيل يقطع به اختاره ابن عقيل

(الثانية) الثلج وفيه وجهان أطلقهما فى الفروع وظاهر ماجزم به فى الرعاية الكبرى انه يقطع به وجزم به فى الاقناع واختار القاضى عدم القطع بسرقته وقال المصنف فى المغنى الاشبه انه كالملح

(الثالثة) لا يقطع بسرقة الماء على الصحيح من المذهب قطع به فى المغنى والشرح وقالا لا نعلم فيه خلافا وقال ابن عقيل يقطع وقدمه فى الرعايتين وجزم به ابن هبيرة

(الرابعة) يقطع بسرقة الصيد على الصحيح من المذهب

(*) بياض بالأصل

والقصب ويقطع بسرقة العبدالصغير[١] ولا يقطع بسرقةحر ان كان صغيرا[٢] وعنه انه يقطع بسرقة الصغير فان قلنا لا يقطع فسرقه وعليه حلى فهل يقطع ؟ على وجهين[٣] . ولا يقطع بسرقة مصحف[٤] وعند أبى الخطاب

---

(١) قوله « ويقطع بسرقة العبد الصغير » هذا المذهب مطلقا وهو قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم منهم الحسن ومالك والثورى والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى وأبو حنيفة ومحمد . قال الشارح والصغير الذى لا يميز بين سيده وغيره فى الطاعة وقال أبو يوسف لايقطع سارق العبد وان كان صغيراً لأن من لا يقطع بسرقته كبيراً لا يقطع بسرقته صغيراً كالحر. ولنا انه سرق مالا مملوكا تبلغ قيمته نصابا فوجب القطع عليه كسائر الحيوانات وفارق الحر فانه ليس بمال وفارق الكبير فانه لا يسرق وانما يخدع

[تنبيه] مفهوم كلام المصنف انه لا قطع بسرقة عبد كبير وهو صحيح وهو المذهب

[فائدتان] احداهما يقطع بسرقة العبد المجنون والنائم والأعمى الذى لا يميز على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب

(الثانية) لا يقطع بسرقة مكاتب ولا أم ولد على الصحيح من المذهب لأن ام الولد لا يحل بيعها ولا نقل الملك فيها. والثانى يقطع بسرقتها لأنها مملوكة تضمن بالقيمة وقال ابن رزين فى المكاتب ينبغى ان يقطع ان قلنا بجواز بيعه

(٢) قوله « ولا يقطع بسرقة حر الخ » هذا المذهب وبه قال الثورى والشافعى وأصحاب الرأى وابن المنذر وعنه يقطع بسرقة الصغير وهو قول الحسن والشعبى ومالك واسحاق لأنه غير مميز أشبه العبد . ولنا أنه ليس بمال فلا يقطع بسرقته كالكبير النائم

(٣) قوله « فان قلنا لا يقطع الخ » احدهما لا يقطع وهو الصحيح اختاره المصنف والشارح وبه قال أبو حنيفة وأكثر أصحاب الشافعى. والثانى يقطع وبه قال أبو يوسف لظاهر الكتاب ولأنه سرق نصابا من المال فأشبه ما لو سرقه منفرداً ولنا انه تابع لما لا قطع فيه فأشبه ثياب الكبير

(٤) قوله « ولا يقطع بسرقة مصحف » هذا أحد الوجهين جزم به ابن هبيرة

يقطع ويقطع بسرقة سائر كتب العلم(١) ولا يقطع بسرقة آلة لهو ولا محرم كالخمر(٢) وان سرق آنية فيها الخمر او صليبا أو صنم ذهب لم يقطع وعند أبى الخطاب يقطع(٣)

فصل

(الثالث) ان يسرق نصابا (٤) وهو ثلاثة دراهم أو قيمة ذلك من الذهب

= فى الافصاح وابن عبدوس وقدمه فى الهادى قلت وجزم به فى الاقناع لأن المقصود منه كلام الله ولا يجوز أخذ العوض عنه وعند أبى الخطاب يقطع وقال هو ظاهر كلام احمد وجزم به فى الوجيز وصححه فى تصحيح المحرر واختاره فى الفصول وهذا قول مالك والشافعى وأبى ثور وابن المنذر لعموم الآية فى كل سارق لأنه متقوم تبلغ قيمته نصابا فوجب القطع ككتب الفقه والأول قول أبو حنيفة

(١) قوله « ويقطع بسرقة سائر كتب العلم » لا نعلم فيه خلافا بين أصحابنا

[فائدة] اذا سرق عيناً موقوفة وجب القطع لأنها مملوكة للموقوف عليه ويحتمل أن لا يقطع بناء على عدم الملك فعلى هذا اذا كان وقفا على غير معين لم يقطع بسرقته

(٢) قوله « ولا يقطع بسرقة آلة لهو الخ » وكذا كتب بدع وتصاوير وهذا المذهب وعليه الأصحاب وبه قال أبو حنيفة لأنه للمعصية بالاجماع فلم يقطع بسرقته كالخمر وكذا المحرم كالخمر والخنزير والميتة ونحوها سواء سرقه من مسلم أو ذمى وبه قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى وحكى عن عطاء ان سارق خمر الذمى يقطع وان كان السارق مسلما لأنه مال لهم ولنا أنها غير محترمة فلا يقطع بسرقتها كالخنزير وما لا يقطع بسرقته من المسلم لا يقطع بسرقته من الذمى كالميتة وما ذكره ينتقض بالخنزير

(٣) قوله « وان سرق آنية الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب لأنه متصل بما لا قطع فيه فأشبه ما لو سرق شيئا مشتركا بينه وبين غيره وعند أبى الخطاب يقطع وهو مذهب الشافعى كما لو سرقه ولا شىء فيه

(٤) قوله « الثالث أن يسرق نصابا » لا يجب القطع بسرقة دون النصاب فى قول الفقهاء كلهم إلا الحسن وداود وابن بنت الشافعى والخوارج فانهم قالوا يقطع فى القليل والكثير لعموم الآية ولما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ =

والعروض(١) وعنه انه ثلاثة دراهم أو ربع دينار أو ما يبلغ قيمة أحدهما من غيرها(٢) وعنه لا تقوم العروض الا بالدراهم . واذا سرق نصابا ثم نقصت قيمته او ملكه ببيع أو هبة او غيرها لم يسقط القطع(٣) وان دخل الحرز

= قال «لعن الله السارق يسرق الحبل فتقطع يده ويسرق البيضة فتقطع يده» متفق عليه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا تقطع اليد إلا فى ربع دينار فصاعداً» متفق عليه واجماع الصحابة على ما سنذكره وهذا يخص عموم الآية والحبل يحتمل ان يساوى ذلك وكذلك البيضة يحتمل أن يراد بها بيضة السلاح

(١) قوله « وهو ثلاثة دراهم الخ » هذا احدى الروايات أعنى ان الأصل هو الدراهم لا غير والذهب والعروض يقومان بها قال فى المبهج وهذا الصحيح من المذهب قال فى الفروع اختاره الاكثر فعلى هذا ان نقص ربع دينار عن ثلاثة دراهم لم يقطع سارقه وهذا يحكى عن الليث وأبى ثور لما روى ابن عمر ان النبى ﷺ قطع فى مجن قيمته ثلاثة دراهم متفق عليه . قال ابن عبد البر هذا أصح حديث روى فى هذا الباب وفيه ان العرض يقوم بالدراهم لأن المجن قوم بها ويعتبر فى الدراهم أن تكون خالصة فلو كانت مغشوشة فلا خلافا للشيخ تقى الدين فيها

(٢) قوله « وعنه انه ثلاثة الخ » يعنى ان كلا من الذهب والفضة أصل بنفسه وهذه الرواية هى المذهب وهو قول مالك واسحاق لحديث عائشة ولقوله ﷺ «اقطعوا فى ربع دينار ولا تقطعوا فيما هو أدنى من ذلك» وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم والدينار اثنا عشر ، رواه أحمد وقالت عائشة لا قطع الا فى ربع دينار فصاعدا وروى هذا عن عمر وعثمان وعلى وبه قال الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز والأوزاعى والشافعى وابن المنذر لحديث عائشة ان رسول الله ﷺ قال «لا قطع الا فى ربع دينار فصاعدا» وقال عطاء وأبو حنيفة وأصحابه لا تقطع اليد الا فى دينار أو عشرة دراهم لما روى الحجاج بن ارطاة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى ﷺ انه قال «لا قطع إلا فى عشرة دراهم»

(٣) قوله « وان سرق نصابا الخ » هذا المذهب وبه قال مالك والشافعى وقال أبو حنيفة يسقط لأن النصاب شرط فتعتبر استدامته ، ولنا قوله تعالى ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ ولأنه نقص حدث فى العين فلم يمنع القطع كما لو حدث باستعماله وسواء نقصت قيمتها قبل الحكم أو بعده وسواء نقصت بفعله أو فعل =

فذبح شاة قيمتها نصاب فنقصت عن النصاب ثم أخرجها لم يقطع[1] وان سرق فرد خف قيمته منفردا درهمان وقيمته مع الآخر أربعة لم يقطع[2] وان اشترك جماعة فى سرقة نصاب قطعوا سواء أخرجوه جملة او أخرج كل واحد جزءا[3] وان هتك اثنان حرزا ودخلاه فاخرج احـــدهما نصابا

= غيره وان ملك العين المسروقة ببيع أو هبة أو غير ذلك من أسباب الملك وكان ملكها قبل رفعه الى الحاكم والمطالبة بها عنده لم يجب القطع وبه قال مالك والشافعى واسحاق وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه خلافا . وان ملكها بعده لم يسقط عند مالك والشافعى واسحاق وقال أصحاب الرأى يسقط لأنها صارت ملكه فلا يقطع فى عين هى ملكه ولنا ما روى صفوان بن أمية أنه نام فى المسجد على ردائه فأخذ من تحت رأسه فجاء بسارقه الى النبى ﷺ فأمر بقطعه فقال صفوان يا رسول الله لم ارد هذا ردائى عليه صدقة فقال النبى ﷺ « هلا كان هذا قبل أن تأتينى به » رواه ابن ماجه قال أحمد اذا رفع إلى الحاكم لم يكن لرافعه عفو

(١) قوله « وان دخل الحرز فذبح الخ » وكذا لو دخل الحرز فأتلفها فيـــه بأكل أو غيره وهذا بلا نزاع لأن من شرط القطع أن يخرج العين من الحرز وهى نصاب ولم يوجد الشرط ويحل أكله اذا ذبحه السارق على الصحيح من المذهب ويأتى الخلاف فيه فى الذكاة ان شاء الله تعالى

(٢) قوله « وان سرق فرد خف الخ » هذا بلا خلاف نعلمه لأنه لم يسرق نصابا لكن لو أتلفه لزمه أربعة على الصحيح من المذهب قيمة المتلف ونقص التفرقة وكذا الحكم لو سرق جزءاً من كتاب

(٣) قوله « وان اشترك جماعة فى سرقة نصاب الخ » هذا المذهب نص عليه وعليه الأصحاب وبه قال مالك وأبو ثور ، وقال الثورى والشافعى وأبو حنيفة واسحاق لا قطع عليهم إلا أن تبلغ حصة كل واحد منهم نصابا لأن كل واحد منهم لم يسرق نصاباً فلم يجب عليه قطع كما لو انفرد بدون النصاب وهذا القول رواية عن أحمد واختاره المصنف واليه ميل الزركشى لأن القطع هنا لا نص فيه ولا هو فى معنى المنصوص والمجمع عليه فلا يجب ، والاحتياط باسقاطه أولى من الاحتيـاط بايجابه لأنه مما يدرأ بالشبهات واحتج من أوجبه بأن النصاب أحد شرطى القطع =

وحده[1] اودخل احدهما فقدمه الى باب النقب وأدخل الآخر يده فاخرجه قطعا[2] وان رماه الداخل الىخارج وأخذه الآخر فالقطع على الداخل وحده[3] وان نقب أحدهما ودخل الآخر فأخرجه فلا قطع عليهما ويحتمل

= فاذا اشترك جماعة كانوا كالواحد قياسا على هتك الحرز وقال مالك ان انفرد كل واحد منهم بجزء لم يقطع واحد منهم

[فائدتان] لو اشترك جماعة فى سرقة نصاب لم يقطع بعضهم بشبهة أو غيرها كما لوكان أحد الشريكين لاقطع عليه كأبى المسروق منه فهل يقطع . الثانى فيه قولان أحدهما يقطع وهو المذهب ، والقول الثانى لا يقطع قال الشارح وهو أصح واختاره المصنف والناظم

(الثانية) لو سرق لجماعة نصابا قطع على الصحيح من المذهب

(١) قوله « وان هتك اثنان حرزا الخ » أما اذا هتك أحدهما حرزا ودخلاه فأخرج أحدهما نصابا وحده فقال أصحابنا القطع عليهما وبه قال أبو حنيفة وصاحباه اذا أخرج نصابين وقال مالك والشافعى وأبو ثور وابن المنذر يختص القطع بالمخرج لأنه هو السارق وان أخرج أحدهما دون النصاب والآخر أكثر من نصاب فتما نصابين،فعند أصحابنا وأبى حنيفة وصاحبيه يجب القطع عليهما ، وعند الشافعى وموافقيه لا قطع على من لم يخرج نصابا وان أخرج أحدهما دون النصاب والآخر نصابا فعند أصحابنا عليهما القطع ، وعند الشافعى القطع على مخرج النصاب وحده ، وعند أبى حنيفة لا قطع على واحد منهما

(٢) قوله « وان نقبا حرزا الخ » هذا المذهب وقال الشافعى القطع على الخارج لأنه مخرج المتاع وقال أبو حنيفة لا قطع على واحد منهما ولنا انهما اشتركا فى هتك الحرز واخراج المتاع فلزمهما القطع كما لو حملاه معا فأخرجاه

[فائدة] قال أحمد فى رجلين دخلادارا أحدهما فى سفلها جمع المتاع وشده بحبل والآخر فى علوها مد الحبل فرمى بها وراء الدار ، فالقطع عليهما لأنهما اشتركا فى اخراجه

(٣) قوله « وان رماه الداخل الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب وان اشتركا فى النقب لأن الداخل أخرج المتاع وحده

ان يقطعا(١) الا ان ينقب ويذهب فيأتى الآخر من غير علم فيسرق فلا قطع

فصل

(الرابع) ان يخرجه من الحرز(٢) فان سرق من غير حرز (٣) أو دخل الحرز فأتلفه فيه فلا قطع عليه(٤) وان ابتلع جوهرا أو ذهبا

---

(١) قوله « وان نقب أحدهما الخ » إذا لم يتواطئا فلا قطع على واحد منهما وصرح به المصنف بعد ذلك بقوله الا أن ينقب أحدهما الخ وان تواطئا على ذلك فقدم المصنف هنا أنه لا قطع عليهما وهو أحد الوجهين والمذهب منهما لأن الأول لم يسرق والثانى لم يهتك الحرز ويحتمل أن يقطعا وهو الوجه الثانى جزم به فى الوجيز والمنور وقدمه فى المحرر وصححه الناظم قال فى الانصاف وهو الصواب

(٢) قوله « الرابع أن يخرجه من الحرز » هذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والشعبى وأبو الأسود الدؤلى وعمر بن عبد العزيز والزهرى وعمرو بن دينار والثورى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى ولا نعلم أحداً من أهل العلم خالفهم الا قولا حكى عن عائشة والحسن والنخعى فيمن جمع المتاع ولم يخرج به من الحرز عليه القطع وعن الحسن مثل قول الجماعة وحكى عن داود انه لا يعتبر الحرز لأن الآية لا تفصيل فيها وهذه أقوال شاذة غير ثابتة عن من نقلت عنه قال ابن المنذر ليس فيه خبر ثابت ولا مقال لأهل العلم الا ما ذكرناه فهو كالاجماع والاجماع حجة على من خالفه وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلا من مزينة سأل رسول الله ﷺ عن الثمار فقال ما أخذ من غير أكامه واحتمل ففيه قيمته ومثله معه وما كان فى الجران ففيه القطع اذا بلغ ثمن المجن رواه ابن ماجه وبهذا تخص الآية كما خصصت بالنصاب

(٣) قوله « وان سرق من غير حرز » أى فلا قطع فيه لفوات شرطه مثل أن يجد حرزا مهتوكا أو بابا مفتوحا فيأخذ منه فلا قطع

(٤) قوله « أو دخل الحرز الخ » أى لأنه لم يسرق لكنه يلزمه ضمانه لأنه أتلفه ومتى أخرجه من الحرز فعليه القطع سواء حمله الى منزله أو تركه خارجا من الحرز

وخرج به(١) أو نقب ودخل فترك المتاع على بهيمة فخرجت به او فى ماء جار فأخرجه(٢) او قال لصغير أو معتوه ادخل فأخرجه ففعل فعليه

---

(١) قوله « أو ابتلع جوهرا الخ » هذا أحد الوجهين ، والمذهب منهما لأنه أخرجها فى وعائها أشبه اخراجها فى كمه والوجه الثانى لا قطع عليه مطلقا لأنه ضمنها بالبلع فكان اتلافا لها وقيل يقطع ان خرجت والا فلا اختاره المصنف والشارح وابن عبدوس لأنه أتلفها فى الحرز

(٢) قوله « أو نقب الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الاصحاب لأن العادة مشي البهيمة بما وضع عليها وقيل لا قطع عليه إلا اذا ساقها

[تنبيه] ظاهر قوله أو تركه فى ماء جار فاخرجه انه لو تركه فى ماء راكد ثم انفتح بعد ذلك انه لا يقطع وهو صحيح وهو المذهب

[فائدة] لو عَلَّم فرداً السرقة فسرق لم يقطع المعلم لكن يضمنه ذكره أبو الوفاء ابن عقيل وابن الزاغونى

[فوائد] الأولى اذا سرق الضيف من مال مضيفه نظرت فان كان من الموضع الذى انزل فيه أو موضع لم يحرزه عنه لم يقطع لأنه لم يسرق من حرز وان سرق من موضع محرز عنه فان كان منعه قراه فسرق بقدره فلا قطع فان لم يمنعه قراه فعليه القطع وقد روى عن أحمد لا قطع على الضيف وهو محمول على احدى الحالتين الأولتين وقال أبو حنيفة لا قطع عليه بحال لأن المضيف بسطه فى ماله وبيته فأشبه ابنه

(الثانية) اذا أحرز المضارب مال المضاربة أو الوديعة أو العارية أو المال الذى وكل فيه فسرقه أجنبي فعليه القطع لا نعلم فيه خلافا

(الثالثة) إذا غصب عيناً وأحرزها أو سرقها وأحرزها فسرقها سارق فلا قطع عليه وقال مالك عليه القطع لأنه سرق نصابا من حرز مثله لا شبهة له . وللشافعى قولان كالمذهبين وقال أبو حنيفة كقولنا فى السارق وكقول مالك فى الغاصب ولنا انه لم يسرق المال من مالكه ولا ممن يقوم مقامه فأشبه ما لو وجده ضائعاً فأخذه

(الرابعة) أطلق الامام احمد أنه لا قطع على سارق فى عام مجاعة وروى الجوزجانى عن عمر انه قال لاقطع فى عام سنة وقال سألت أحمد عنه فقلت تقول

القطع[1] . وحرز المال ما جرت العادة بحفظه فيه[2] ويختلف باختلاف

= به فقال أي لعمري إذا حملته الحاجة والناس فى شدة ومجاعة وعن الاوزاعى مثل ذلك وقال المصنف والشارح عن كلام احمد هذا محمول على من لا يجد ما يشتريه أو لايجد ما يشترى به فان له شبهة فى أخذ ما يأكله أو مايشترى به ما يأكله وقد روى ان غلمان حاطب بن أبي بلتعة انتحروا ناقة للمزنى فأمر عمر بقطعهم ثم قال لحاطب انى أراك تجيعهم فدرأ عنهم القطع لما ظنه يجيعهم فأما الواجد لما يأكله أو لما يشترى به فعليه القطع وان كان بالثمن الغالى وبه يقول الشافعى

(١) قوله « أو قال لصبي الخ » أى لأنه آلة له

[فوائد] الأولى :لا فرق بين ان يدخل الحرز فيخرجه أو ينقبه ثم يدخل اليه يده أو عصى لها حنية فاجتذبه وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة لاحد عليه الا أن يكون البيت صغيراً لا يمكنه دخوله لأنه لم يهتك الحرز أشبه المختلس . ولنا انه سرق نصابا من حرز مثله لا شبهة له فيه فوجب عليه القطع

(الثانية) اذا أخرج المتاع من بيت فى الدار أو الخان إلى الصحن فان كان باب البيت مغلقا ففتحه فقد أخرج المتاع من الحرز وان لم يكن مغلقا فما أخرجه من الحرز . وقد قال احمد اذا أخرج المتاع من البيت الى الدار يقطع وهو محمول على الصورة الأولى

(الثالثة) اذا دخل الحرز فاحتلب لبنا من ماشية فأخرجه فعليه القطع وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة لا قطع عليه لأنه من الاشياء الرطبة فأما ان شربه فى الحرز أو شرب منه فانتقص النصاب فلا قطع

(الرابعة) اذا نقب الحرز ثم دخل فأخرج ما دون النصاب ثم دخل فأخرج ما بقي من النصاب وكان فى وقتين متباعدين أو ليلتين لم يجب القطع لأن كل واحدة منهما سرقة منفردة لا تبلغ نصابا وكذلك ان كانا فى ليلة واحدة وبينهما مدة طويلة وان تقاربا وجب القطع لأنها سرقة واحدة

(٢) قوله « والحرز الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الاصحاب لأنه لما ثبت اعتباره فى الشرع من غير تنصيص على بيانه علم انه رد ذلك الى أهل العرف وقال أبو بكر ما كان حرزا لمال فهو حرز لمال آخر

الاموال والبلدان وعدل السلطان وجوره وقوته وضعفه ، فحرز الأثمان والجواهر والقماش فى الدور والدكاكين فى العمران وراء الابواب والاغلاق الوثيقة[1] وحرز البقل والباقلاء ونحوه وقدوره وراء الشرائج اذا كان فى السوق حارس[2] وحرز الحطب والخشب الحظائر[3] وحرز المواشى الصير وحرزها فى المرعى بالراعى ونظره اليها[4] وحرز حمولة الابل بتقطيرها

---

(١) قوله « فحرز الأثمان ـ الى قوله ـ الوثيقة » هذا المذهب مطلقا وعليه جماهير الأصحاب وقال ابن الجوزى فى تفسيره ما جعل للسكنى وحفظ المتاع كالدور والخيام حرز سواء سرق من ذلك وهو مفتوح الباب أو لا باب له الا أنه محجر للبناء

[فائدة] الصندوق فى السوق حرز إذا كان له من يحفظه على الصحيح من المذهب وقيل أو لم يكن له حارس

[فائدة] الخيمة والخركاه ان نصبت وكان فيها أحد نائماً أو منتبها فهى محرزة وما فيها لأنها هكذا تحرز فى العادة وان لم يكن فيها أحد ولا عندها حافظ فلا قطع على سارقها . وممن أوجب القطع فى السرقة من الفسطاط الثورى والشافعى واسحاق وأصحاب الرأى الا أن أصحاب الرأى قالوا يقطع السارق من الفسطاط دون سارق الفسطاط ولنا انه محرز بما جرت به العادة أشبه ما فيه

(٢) قوله « وحرز البقل الخ » واحدها شريجة وهى شىء يعمل من قصب أو نحوه يضم بعضه الى بعض بحبل أو غيره لأن العادة جرت باحرازها به

(٣) قوله « وحرز الخشب الخ » هذا المذهب والحظائر واحدتها حظيرة وهى ما تعمل للابل والغنم من الشجر تأوى اليه . وأصل الحظر المنع فيعبى بعضه على بعض ويقيد بقيد بحيث يعسر أخذ شىء منه على ما جرت به العادة

[فائدة] حرز السفن فى الشط بربطها

(٤) قوله « وحرزها فى المرعى الخ » لأن العادة حرزها بذلك فما غاب عن مشاهدته فقد خرج من الحرز لأن الراعية هكذا تحرز

[تنبيه] مراده اذا كان يراها فى الغالب

وقائدها وسائقها اذا كان يراها[١] وحرز الثياب فى الحمام بالحافظ[٢] وحرز الكفن فى القبر على الميت فلو نبش قبرا وأخذ الكفن قطع[٣] وحرز

---

(١) قوله « وحرز حمولة الابل الخ » وهذا المذهب فى ذلك . اذا ثبت ذلك فالابل على ثلاثة أضرب باركة وراعية وسائرة فاما الباركة فان كان معها حافظ لها وهى معقولة فهى محرزة وان لم تكن معقولة فهى محرزة إذا كان الحافظ ناظراً اليها أو مستيقظا بحيث يراها وان كان نائما او مشغولا عنها فليست محرزة لان العادة اذا أرادوا النوم عقلوا ابلهم. وأما الراعية فتقدم الكلام عليها . وأما السائرة فان كان معها من يسوقها فحرزها بنظره اليها سواء كانت مقطرة أو غير مقطرة فما كان منها بحيث لا يراها فليس بمحرز وان كان معها قائد فحرزها أن يكثر الالتفات اليها والمراعاة لها وتكون بحيث يراها اذا التفت وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة لا يحرز القائد إلا التى زمامها بيده لأنه يوليها ظهره ولا يراها

(٢) قوله « وحرز الثياب الخ » أى فيقطع من سرق منه مع وجود الحافظ وهذا المذهب وعنه ليس على سارق الحمام قطع اختاره المصنف والناظم واليه ميل الشارح وهو قول أبى حنيفة لانه مأذون للناس فى دخوله فجرى مجرى سرقة الضيف من البيت المأذون له فى دخوله والمذهب الاول وبه قال مالك والشافعى واسحاق وابو ثور وابن المنذر لانه متاع له حافظ يجب قطع سارقه فان لم يكن فى الحمام حافظ فلا قطع عليه فى قول عامتهم

(٣) قوله « وحرز الكفن الخ » يعنى اذا كان كفنا مشروعا وهذا المذهب وعليه الاصحاب وروى عن ابن الزبير انه قطع نباشا وبه قال الحسن وعمر بن عبد العزيز وقتادة والشعبى والنخعى وحماد ومالك والشافعى واسحاق وأبو ثور وابن المنذر . وقال ابو حنيفة لاقطع عليه لان القبر ليس بحرز فأما ان كان الكفن غير مشروع كأن يكفن الرجل فى أكثر من ثلاثة أثواب والمرأة فى أكثر من خمس لفائف فسرق الزائد عن ذلك أو ترك فى تابوت فسرق التابوت أوترك معه طيب مجموع أو ذهب او فضة أو جوهر لم يقطع لأنه ليس بكفن مشروع فتركه فيه سفه وتضييع فلا يكون محرزاً

[فائدة] هل يفتقر فى قطع النباش الى المطالبة ؟ يحتمل وجهين أحدهما يفتقر فعلى هذا المطالب الوارث على الصحيح من المذهب لأنه يقوم مقام الميت فى حقوقه

الباب تركيبه فى موضعه فلو سرق رتاج الكعبة أو باب مسجد أو تأزيره قطع[١] ولا يقطع بسرقة ستائرها وقال القاضى يقطع بسرقة المخيطة عليها. وان سرق قناديل المسجد او حصره فعلى وجهين[٢]. وان نام انسان على ردائه فى المسجد فسرقه سارق قطع وان مال رأسه عنه لم يقطع بسرقته[٣] وان سرق من السوق غزلا وثم حافظ قطع والا فلا[٤] ومن سرق من النخل والشجر من غير حرز فلا قطع عليه ويضمن عوضهما مرتين وقال ابو بكر ما كان حرزا للمال فهو حرز لمال آخر[٥]

---

(١) قوله « وحرز الباب تركيبه الخ » وهذا المذهب وسواء كان مغلقا أو مفتوحا لأنه هكذا يحفظ . ورتاج الكعبة هو الباب الكبير. وحلقة الباب ان كانت مسمورة فهى محرزة والا فلا

(٢) قوله « وان سرق قناديل الخ » أحدهما لا يقطع وهو المذهب وهو قول أبى حنيفة لان له فيه حقا وشبهة فأشبه السرقة من بيت المال ولانه لا مالك له من المخلوقين وقد ذكر المصنف فى المغنى انه لا يقطع بسرقة ذلك وجها واحداً والثانى يقطع لان المسجد حرز لها

(٣) قوله « وان نام انسان الخ » لما روى صفوان بن أمية أنه نام فى المسجد على ردائه فأخذه من تحت رأسه سارق فأمر النبى ﷺ بقطعه رواه أبوداود وكذا الحكم ان نام على مجر فرسه ولم يزل عنه أو نعله فى رجله وهذا المذهب

(٤) قوله « وان سرق من السوق الخ » هذا المذهب لان حرزه بحافظه

(٥) قوله « ومن سرق من النخل الخ » يعنى بذلك الثمر فى البستان قبل ادخاله الحرز وهذا بلا نزاع (*) وهو قول أكثر الفقهاء روى معنى هذا القول عن ابن عمر وبه قال عطاء ومالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى وقال أبو ثور ان كان من بستان محرز ففيه القطع وبه قال ابن المنـــذر اذا لم يصح خبر رافع قال ولا أحسبه ثابتا ولنا ما روى رافع بن خديج عن النبى ﷺ انه قال لا قطع فى ثمر ولا كثر أخرجه أبو داود وابن ماجه وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن =

(*) قوله بلا نزاع أى بين أصحابنا لأنه قد نازع فيه أبو ثور وابن المنذر كما هنا

فصل

(الخامس) انتفاء الشبهة فلا يقطع بالسرقة من مال ابنه وان سفل ولا الولد من مال أبيه وان علا والاب والام فى هذا سواء ولا العبد بالسرقة من مال سيده ولا مسلم بالسرقة من بيت المال ولا من مال له فيه شركة أو لأحد ممن لا يقطع بالسرقة منه . ومن سرق من الغنيمة ممن له فيها حق او لوالده اولسيده لم يقطع . وهل يقطع أحد الزوجين بالسرقة من مال الآخر المحرز عنه ؟ على روايتين . ويقطع سائر الاقارب بالسرقة من مال اقاربهم ويقطع المسلم بالسرقة من مال الذمى والمستأمن ويقطعان بسرقة ماله . ومن سرق عينا وادعى أنها ملكه لم يقصع وعنه يقطع وعنه لا يقطع الا ان يكون معروفا بالسرقة . واذا سرق المسروق منه مال السارق أو المغصوب منه مال الغاصب من الحرز الذى فيه العين المسروقة أو المغصوبة لم يقطع وان سرق من غير ذلك الحرز او سرق من مال من له عليه دين قطع الا ان يعجز عن أخذه فيسرق قدر حقه فلا يقطع وقال القاضى يقطع . ومن قطع بسرقة عين ثم عاد فسرقها قطع . ومن اجر داره او أعارها ثم سرق منها مال المستعير او المستأجر قطع

=رسول الله ﷺ انه سئل عن الثمر المعلق فقال من أصاب بفيه من ذى حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثليه والعقوبة ومن سرق منه شيئا بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع رواه ابو داود وابن ماجه وعليه غرامة مثليه بلا نزاع وبه قال اسحق للخبر وقال أكثر الفقهاء لايجب أكثر من مثله قال ابن عبد البر لا أعلم أحداً من الفقهاء قال بوجوب غرامة مثليه ولنا قوله ﷺ وهو حجة لا يجوز خلافه

[فائدة] واذا سرق من الثمر المعلق فعليه غرامة مثليه وكذا على الصحيح من المذهب لو سرق ماشية من غير حرز قال المصنف والشارح قاله أصحابنا لان فى سياق حديث عمرو بن شعيب ان السائل قال الشاة الحريسة منهن يانبى الله قال ثمنها ومثله معه والنكال وما كان من المراح ففيه القطع اذا كان ما يأخذه من ذلك ثمن المجن هذا لفظ رواية ابن ماجه

فصل

(السـادس) ثبوت السرقة بشهادة عدلين[١] او اقرار مرتين[٢] ولا ينزع عن اقراره حتى يقطع[٣] (السابع) مطالبة المسروق منه بماله[٤] وقال ابو بكر ليس ذلك بشرط

---

(١) قوله « السادس الخ » يشترط فى البينة أن يكونا رجلين مسلمين حرين عدلين سواء كان السارق مسلما أو ذميا وهذا بلا نزاع لكن من شرط قبول شهادتهما أن يصفا السرقة والحرز وجنس النصاب وقدره ايزول الاختلاف ، فاذا اجتمعت هذه الشروط وجب القطع فى قول عامتهم ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ان قطع السارق يجب اذا شهد بالسرقة شاهدان حران مسلمان وصفا ما يوجب القطع. واذا وجب القطع بشهادتهما لم يسقط بغيبتهما ولا بموتهما على ما مضى فى الزنا واذا اختلف الشاهدان فى الوقت أو الزمان أو المسروق لم يقطع فى قولهم جميعا والصحيح من المذهب انه لا تسمع البينة قبل الدعوى

[تنبيه] اشتراط شهادة العدلين لأجل القطع أما ثبوت المال فانه يثبت بشاهد ويمين وباقراره مرة على ما يأتى ان شاء الله

(٢) قوله « أو إقرار مرتين » وهذا المذهب وعليه الأصحاب وهو من مفردات المذهب وروى ذلك عن على رواه الجوزجانى وبه قال ابن أبى ليلى وأبو يوسف وزفر وابن شبرمة وقال عطاء والثورى وأبو حنيفة والشافعى ومحمد بن الحسن يقطع باعتراف مرة لأنه حق يثبت بالاقرار فلم يعتبر فيه التكرار . ولنا ما روى أبوداود عن أبى أمية المخزومى ان النبى ﷺ أتى بلص قد اعترف فقال له ما إخالك سرقت قال بلى فأعاد عليه مرتين أو ثلاثا فأمر به فقطع ولو وجب القطع بأول مرة لما أخره وروى سعيد بإسناده عن على أنه أتاه رجل فأقر بالسرقة فرده وفى لفظ فانتهره وفى لفظ فسكت عنه ثم عاد بعد ذلك فأقر فقال له على شهدت على نفسك مرتين فأمر به فقطع ويعتبر ان يذكر فى إقراره شروط السرقة من النصاب والحرز وإخراجه منه والحر والعبد فى هذا سواء نص عليه

(٣) قوله « ولا ينزع عن إقراره الخ » هذا قول أكثر الفقهاء وقال ابن أبى ليلى وداود لا يقبل رجوعه لأنه لو أقر لآدمى بقصاص لم يقبل رجوعه ولنا قوله ﷺ « ما إخالك سرقت » يعرّض له ليرجع

(٤) قوله « السابع الخ » أى لا يقطع السارق وان اعترف أو قامت بينة =

فصل

واذا وجب القطع قطعت يده اليمنى من مفصل الكف[1] وحسمت[2] وهو ان تغمس فى زيت مغلى فان عاد قطعت رجله اليسرى من مفصل الكعب[3]

=حتى يأتى مالك المسروق يدعيه وهذا المذهب وبه قال أبو حنيفة والشافعى وقال أبو بكر لا يفتقر إلى دعوى وهو اختيار الشيخ تقى الدين ولا مطالبة وهذا قول مالك وأبى ثور وابن المنذر لعموم الآية. ولنا ان المال يباح بالبذل والاباحة فيحتمل ان مالكه أباحه إياه أو وقفه على المسلمين أو على طائفة السارق منهم فاعتبرت المطالبة لتزول الشبهة

[فائدة] لو أقر بسرقة لرجل فقال المالك لم يسرق منى ولكن غصبنى أو قال السارق كان لى قبلك وديعة فجحدتنى لم يقطع لأن إقراره لم يوافق دعوى المدعى وبه قال أبو ثور وأصحاب الرأى . وان أقر أنه سرق نصابا من رجلين فصدقه أحدهما دون الآخر أو قال الآخر بل غصبتنيه أوجحدتنيه لم يقطع وبه قال أصحاب الرأى وقال أبو ثور يقطع

(١) قوله « وإذا وجب القطع الخ » لا خلاف بين أهل العلم فى أن أول ما يقطع من السارق يده اليمنى من مفصل الكف وهو الكوع وفى قراءة عبد الله ابن مسعود رضى الله عنه فاقطعوا أيمانهما وهذا ان كان قراءة وإلا فهو تفسير وقد روى عن أبى بكر وعمر رضى الله عنهما انهما قالا إذا سرق السارق فاقطعوا يمينه من الكوع ولا مخالف لهما فى الصحابة

(٢) قوله « وحسمت » الصحيح من المذهب ان الحسم واجب ، واختار المصنف والشارح ان الحسم مستحب

(٣) قوله « فان عاد الخ » هذا قول الجماعة الاعطاء حكى عنه أنه تقطع يده اليسرى لقوله فاقطعوا أيديهما وروى ذلك عن ربيعة وداود وهذا شذوذ يخالف قول أبى بكر وعمر وفقهاء الامصار وقد روى أبو هريرة أن النبى ﷺ قال فى السارق إن سرق فاقطعوا يده ثم ان سرق فاقطعوا رجله وانما قطعت اليسرى لقوله تعالى «أو تقطع أيديهم وأرجلهم» واذا ثبت ذلك فى المحاربة ثبت فى هذا قياسا عليه والآية المراد بها قطع يد كل واحد منهما وتقطع الرجل من مفصل الكعب فى قول أكثر أهل العلم فعل ذلك عمر وكان على يقطع من نصف القدم من معقد الشراك ويدع له عقبا يمشى عليه وهو قول أبى ثور

وحسمت فإن عاد حبس ولم يقطع[1] وعنه انه تقطع يده اليسرى فى الثالثة

[فائدة] لا يقطع فى شدة حر ولا برد لأن الزمان ربما أعان على قتله ولا يقطع مريض فى مرضه

(١) قوله « فان عاد حبس الخ » يعنى بعد قطع يده اليمنى ورجله اليسرى وهذا المذهب بلا ريب وبه قال على رضى الله عنه والحسن والشعبى والنخعى والزهرى وحماد والثورى وأصحاب الرأى وعنه تقطع يده اليسرى فى الثالثة وفى الرابعة رجله اليمنى وفى الخامسة يعزر وهذا قول قتادة ومالك والشافعى وأبى ثور وابن المنذر لما روى أبو هريرة رضى الله عنه ان النبى ﷺ قال فى السارق « ان سرق فاقطعوا يده ثم ان سرق فاقطعوا رجله ثم ان سرق فاقطعوا يده ثم ان سرق فاقطعوا رجله » رواه الدارقطنى ورواه سعيد عن أبى بكر وعمر بإسناد جيد ووجه الأول ان قطع الكل يفوت منفعة الحس فلم يشرع كالقتل وقول أبى بكر وعمر معارض بقول على وروى ان عمر رجع الى قول على رواه سعيد وروى عن عثمان وعمرو ابن العاص وعمر بن عبد العزيز أنه يفعل به كذلك ثم يقتل فى الخامسة لأن جابراً رضى الله عنه قال جىء الى النبى ﷺ بسارق فقال اقطعوه قال فقطع ثم جىء به الثالثة قال اقطعوه قال ثم أتى به الرابعة قال أقطعوه ثم أتى به فى الخامسة قال اقتلوه قال فانطلقنا به فقتلناه ثم اجتررناه فألقيناه فى بئر رواه أبو داود والنسائى (*) وفى اسناده مصعب بن ثابت قال أحمد وابن معين هو ضعيف وقال أبو حاتم لا يحتج به وقال أبو مصعب المالكى يقتل فى الخامسة . وقياس قول الشيخ تقى الدين انه كالشارب يقتل عنده فى الرابعة فعلى المذهب يحبس فى الثالثة حتى يتوب وأطلق المصنف وجماعة الحبس ومرادهم الأول

(*) كذا بالأصل وفيه اختصار ولفظه عن جابر رضى الله عنه قال جىء بسارق إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله إنما سرق فقال اقطعوه قال فقطع ثم جىء به الثانية فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق فقال اقطعوه قال فقطع ثم جىء به الثالثة فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق فقال اقطعوه ثم أتى به الرابعة فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق فقال اقطعوه فأتى به الخامسة فقال اقتلوه قال جابر فانطلقنا به فقتلناه ثم اجتررناه فألقيناه فى بئر ورمينا عليه الحجارة . اهـ من سنن أبي داود

والرجل اليمنى فى الرابعة ومن سرق وليس له يد يمنى قطعت رجله اليسرى(١) وان سرق وله يمنى فذهبت سقط القطع وان ذهبت يده اليسرى لم تقطع اليمنى على الرواية الاولى وتقطع على الاخرى وان وجب قطع يمناه فقطع القاطع يسراه عمدا فعليه القود وان قطعها خطأ فعليه ديتها وفى قطع يمين السارق وجهان . ويجتمع القطع والضمان فيرد العين المسروقة الى مالكها وان كانت تالفة غرم قيمتها وقطع وهل يجب الزيت الذى يحسم به من بيت المال أو من مال السارق ؟ على وجهين

باب حد المحاربين(٢)

وهم قطاع الطريق(٣) وهم الذين يعرضون للناس بالسلاح فى الصحراء

---

(١) قوله « ومن سرق وليس له يمنى الخ » هذا بلا نزاع وكذا لو سرق وله يمنى لكن لا رجل له يسرى فان يده اليمنى تقطع بلا نزاع بخلاف ما لو كان الذاهب يده اليسرى ورجله اليمنى فانه لا يقطع لتعطيل منفعة الجنس وذهاب عضوين من شق ولو كان الذاهب يده اليسرى فقط أو يديه ففى قطع رجله اليسرى وجهان قال فى المغنى أصحهما لا يجب القطع ولو كان الذاهب رجليه أو يمناه قطعت يمنى يديه على الصحيح من المذهب

على قوله « وهل يجب الزيت الذى يحسم به من بيت المال أو من مال السارق على وجهين » ۞ المذهب يجب من مال السارق

(٢) الأصل فى حد المحاربين قوله تعالى ﴿ انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ﴾ الآية قال ابن عباس وأكثر العلماء نزلت فى قطاع الطريق من المسلمين لقوله تعالى ﴿ الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم ﴾ ولأن الكفار تقبل توبتهم قبل القدرة وبعدها فلما خصه بما قبل القدرة علم أنه أراد المحاربين لأن ذلك الحكم يجب عليهم حداً لا كفراً والحد لا يسقط بالتوبة وبهذا قال مالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى وعن ابن عمر أنها نزلت فى المرتدين وقاله الحسن وعطاء لأن سبب نزولها قضية العرنيين

(٣) قوله « وهم قطاع الطريق » أى هم كل مكلف ملتزم ليخرج الحربى ولو أنثى والعبد والذمى كضدهما وعنه ينتقض عهده فيحل دمه وماله بكل حال

فيغصبونهم المال مجاهرة[1] فاما من يأخذه سرقة فليس بمحارب وان فعلوا ذلك فى البنيان لم يكونوا محاربين فى قول الخرقى[2] وقال أبو بكر حكمهم فى المصر والصحراء واحد. واذا قدر عليهم فمن كان منهم قد قتل من يكافئه وأخذ المال قتل حتما وصلب حتى يشتهر[3] وقال أبو بكر يصلب قدر ما يقع عليه اسم

---

(١) قوله « وهم الذين يعرضون للناس الخ » هذا أحد الشروط فيهم ولو كان سلاحهم العصى والحجر على المذهب قال فى الفروع والأصح وعصى وحجر وقطع به المصنف والشارح والزركشى وقيل لا يعطون حكم قطاع الطريق وهو قول أبى حنيفة والأول قول الشافعى وهو ظاهر كلام المصنف هنا وقال فى البلغة وغيرها لو غصبوهم بأيديهم من غير سلاح كانوا من قطاع الطريق

(٢) قوله « وان فعلوا ذلك فى البنيان الخ » قد توقف أحمد فيهم وظاهر كلامه انهم غير محاربين وبه قال أبو حنيفة والثورى واسحاق ، قال فى تجريد العناية هو الأشهر وجزم به فى الوجيز والمنور ومنتخب الأدمى وغيرهم وما قاله أبو بكر هو المذهب وعليه أكثر الأصحاب وبه قال الأوزاعى والليث والشافعى وأبو ثور وقال الشيخ تقى الدين هو قول الأكثرين لتناول الآية بعمومها كل محارب ولأن ذلك اذا وجد فى المصر كان أعظم ضررا

(٣) قوله « واذا قدر عليهم الخ » هـــذا بلا نزاع ولا يزاد على القتل على الصحيح من المذهب روى نحو هذا عن ابن عباس وبه قال قتادة وأبو مجلز وحماد والليث وعن أحمد أنه يقطع مع القتل والصلب أو لا اختارها أبو محمد الجوزى لأن كل واحدة من الجنايتين يوجب حدا منفردا فاذا اجتمعا وجب حدهما معاً كما لو زنا وسرق وذهبت طائفة الى أن الامام مخير فيهم بين القتل والصلب والقطع والنفى لأن أو تقتضى التخيير لقوله ﴿فكفارة إطعام عشرة مساكين﴾ الآية وهذا قول سعيد بن المسيب ومجاهد وعطاء والحسن والضحاك والنخعى وأبى الزناد وأبى ثور وداود وروى عن ابن عباس ما كان فى القرآن أو فصاحبه بالخيار

[تنبيه] ظاهر كلام المصنف ان الصلب بعد قتله وهو صحيح وهو المذهب

[فائدة] لو مات أو قتل قبل قتله للمحاربة لم يصلب على الصحيح من المذهب وقيل يصلب

الصلب وعن احمد أنه يقطع مع ذلك . وان قتل من لا يكافئه فهل يقتل ؟ على روايتين[١]. وان جنى جناية توجب القصاص فيما دون النفس فهل يتحتم استيفاؤه ؟ على وجهين[٢] . وحكم الردء حكم المباشر[٣]. ومن قتل ولم يأخذ

---

(١) قوله « وان قتل من لا يكافئه الخ » يعنى كولده والذمى والعبد . إحداهما يقتل وهو المذهب لأن هذا القتل حد لله تعالى فلا تعتبر فيه المكافأة كالزنا والسرقة والثانية لا يقتل قال الزركشى هذا مبنى على قاعدة المذهب واختاره الشريف وابو الخطاب والشيرازى وهو ظاهر ما جزم به فى المنور ومنتخب الأدمى لقوله ﷺ « لا يقتل مسلم بكافر » فعلى هذه الرواية إذا قتل المسلم ذميا والحر عبدا وأخذ ماله قطعت يده ورجله لأخذه المال وغرم دية الذمى وقيمة العبد وان قتله ولم يأخذ ماله غرم ديته ونفى

(٢) قوله « وان جنى جناية الخ » يعنى اذا جرح المحارب جرحا فى مثله القصاص احداهما لا يتحتم وهو المذهب لأن الشرع لم يرد بشرع الحد فى حقه بالجراح فلا يتحتم

[فائدة] لا يسقط تحتم القتل على كلا الروايتين . وان جرح انسانا وقتل آخر لم يسقط تحتم القود فى الطرف على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب . وقال فى المحرر ويحتمل عندى أن يسقط قود طرف بتحتم قتله وبه قال أبو حنيفة لأن الحدود اذا اجتمعت وفيها قتل سقط ما سوى القتل . ولنا انها جناية يجب فيها القصاص فى غير المحاربة فيجب فيها القصاص فى المحاربة كالقتل ولا نسلم ان القصاص فى الجراح حد انما هو قصاص متمحض

(٣) قوله « وحكم الردء الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب وبه قال مالك وأبو حنيفة . وقال الشافعى ليس على الردء إلا التعزير لأن الحد يجب بارتكاب المعصية فلا يتعلق بالمعين كسائر الحدود . ولنا أنه حكم يتعلق بالمحاربة فاستوى فيه الردء والمباشر كاستحقاق الغنيمة وذلك لأن المحاربة مبنية على حصول المنفعة والمعاضدة والمناصرة فلا يتمكن المباشر من فعله إلا بقوة الردء فعلى هذا اذا قتل واحد منهم ثبت حكم القتل فى حق جميعهم فيجب قتل الكل وان قتل بعضهم وأخذ بعضهم المال جاز قتلهم وصلبهم

المال قتل[١] وهل يصلب ؟ على روايتين[٢]. ومن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى فى مقام واحد وحسمتا وخلى[٣] ولا يقطع منهم الا من أخذ ما يقطع السارق فى مثله[٤] وان كانت يمينه مقطوعة او مستحقة فى

[فائدة] وكذا الطليع وهو الذى يكشف للمحارب حال القافلة حكمه حكم المباشر وذكر أبو الفرج السرقة كذلك فردء غير مكلف كهو فيلزم الردء المكلف ما باشر أخذه غير المكلف ولا حدّ لأن الردء تبع للمباشر ودية قتيل مكلف على عاقلته وقيل يضمن المال أخذه وقيل قراره عليه وقال فى الارشاد من قاتل اللصوص وقتل قتل القاتل فقط . واختار الشيخ تقى الدين يقتل الآخر كردء وانه فى السرقة كذلك وفى السرقة فى الانتصار الشركة تلحق غير الفاعل به كردء مع مباشر

[فائدة] اذا كان فيهم صبى أو مجنون أو ذو رحم من المقطوع عليه لم يسقط الحد عن غيره فى قول أكثر أهل العلم

[فائدة] لو كانت فيهم امرأة ثبت لها حكم المحاربة فمتى قتلت أو أخذت فحكمها حكم قطاع الطريق وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا يجب عليها الحد ولا على من معها لأنها ليست من أهل المحاربة فأشبهت الصبى والمجنون . ولنا انها تحد فى السرقة فيلزمها حكم المحاربة كالرجل

(١) قوله « ومن قتل ولم يأخذ المال الخ » يعنى قتل حتما وهذا المذهب بلا ريب فعلى المذهب لا أثر لعفو ولى فيعايا بها

(٢) قوله « وهل يصلب الخ » احداهما لا يصلب وهو المذهب صححه المصنف والشارح وغيرهما لأن الخبر المروى فيهم قال فيه ومن قتل ولم يأخذ المال قتل ولم يذكر صلبا

(٣) قوله « ومن أخذ المال ولم يقتل الخ » يعنى يكون ذلك حتما وحكى ان هذا معنى قوله سبحانه ﴿ من خلاف ﴾ وانما قطعنا يده اليمنى للمعنى الذى قطعنا به يمين السارق ثم قطعنا رجله اليسرى لتتحقق المخالفة ويكون أرفق به فى امكان مشيه ولا ينتظر اندمال اليد فى قطع الرجل بل يقطعان معا

(٤) قوله « ولا يقطع منهم الخ » هـــذا المذهب وعليه الأصحاب وبه قال الشافعى وأصحاب الرأى وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر للامام أن يحكم عليه =

قصاص أو شلاء قطعت رجله اليسرى وهل تقطع يسرى يديه؟ ينبني على الروايتين في قطع يسرى السارق في المرة الثالثة[١] ومن لم يقتل ولا أخذ المال نفي وشرد ولا يترك يأوى الى بلد[٢] وعنه ان نفيه تعزيره بما يردعه. ومن تاب منهم قبل القدرة عليه سقطت عنه حدود الله من الصلب والقطع والنفي وانحتام القتل وأخذ بحقوق الآدميين من الأنفس والجراح والاموال الا ان يعفى له عنها[٣]

== حكم المحارب لأنه محارب لله ورسوله ساع في الارض فسادا فيدخل في عموم الآية ولأنه لا يعتبر الحرز فكذلك النصاب ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا قطع الا في ربع دينار » ولم يفصل. والحرز معتبر فانهم لو أخذوا مالا ضائعا لا حافظ له لم يجب القطع فان أخذوا مالا يبلغ نصابا ولا يبلغ حصة كل واحد منهم نصابا قطعوا على قياس قولنا في السرقة وقياس قول الشافعي وأصحاب الرأى أنه لا يجب القطع حتى يبلغ حصة كل واحد منهم نصابا

[فائدة] من شرط القطع أن يأخذ من حرز فان أخذ من منفرد عن القافلة ونحوه لم يقطع . ومن شرطه أيضا انتفاء الشبهة في المال المأخوذ على ما تقدم في المسروق

(١) قوله « وهل تقطع يسرى يديه الخ » المذهب هناك عدم القطع فكذا هنا هذا هو الصحيح

[فائدة] لو حارب مرة ثانية لم تقطع أربعته على الصحيح من المذهب وقيل بلى

(٢) قوله « ومن لم يقتل الخ » يعنى اذا أخافوا السبيل لقوله تعالى ﴿أو ينفوا من الأرض﴾ يروى عن ابن عباس ان النفي يكون في هذه الحالة وهو قول النخعي وقتادة وعطاء الخراساني . والنفي هو تشريدهم عن الامصار والبلدان فلا يتركون يأوون بلدا وهذا المذهب ويروى نحوه عن الحسن والزهري وعن ابن عباس انه ينفى من بلده الى غيره كنفي الزاني وبه قال طائفة من أهل العلم قال أبو الزناد كل منفى الناس الى باضع من أرض الحبشة ودهلك أقصى تهامة اليمن وقال مالك يحبس في البلد الذي نفي اليه وقال أبو حنيفة نفيه حبسه حتى يحدث توبة ونحو هذا قال الشافعي فانه قال في هذه الحالة يعزرهم الامام وان رأى أن يحبسهم حبسهم

(٣) قوله « ومن تاب منهم ـ إلى قوله ـ إلا أن يعفى له عنها » صحيح لا نعلم ==

ومن وجب عليه حد لله سوى ذلك فتاب قبل اقامته لم يسقط[1] وعنه انه يسقط بمجرد التوبة قبل اصلاح العمل ومن مات وعليه حد سقط عنه

فصل

ومن اريدت نفسه أو حرمته او ماله فله الدفع عن ذلك باسهل ما يعلم دفعه به[2] فان لم يحصل الا بالقتل فله ذلك ولا شيء عليه وان قتل كان

= فيه خلافا وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأى وأبو ثور لقوله تعالى ﴿الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم﴾

(١) قوله « ومن وجب عليه حد لله الخ » يعنى من تاب وعليه حد من المحاربين ففيه روايتان إحداهما لا يسقط فاذا زنا أو شرب أو سرق أخذ به بعد التوبة وذكرها أبو بكر المذهب قال ابن منجا فى شرحه هـذا المذهب وجزم به الأدمى فى منتخبه وهو قول مالك وأبى حنيفة وأحد قولى الشافعى لقوله تعالى ﴿الزانية والزانى﴾ الآية وهو عام فى التائب وغيره وقال تعالى ﴿والسارق والسارقة﴾ الآية ولأنه ﷺ رجم ماعزا والغامدية وقطع الذى أقر بالسرقة وقد جاءوا تائبين يطلبون التطهير باقامة الحد وسمى فعلهم توبة

على قوله « وعنه انه يسقط بمجرد التوبة قبل إصلاح العمل » * وهذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب وهو من مفردات المذهب لقوله تعالى ﴿فان تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما﴾ وذكر حد السارق ثم قال ﴿فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فان الله يتوب عليه﴾ وقال ﷺ « التائب من الذنب كمن لا ذنب له »

(٢) قوله « ومن أريدت نفسه الخ » هذا أحد الوجهين اختاره صاحب المستوعب والمصنف والشارح وجزم به الزركشى وقيل له الدفع عن ذلك بأسهل ما يغلب على ظنه أنه يندفع به وهذا المذهب وقيل ليس له ذلك اذا أمكنه هرب أو احتماء ونحوه جزم به فى الوجيز وذكر جماعة منهم المصنف له دفعه بغير الأسهل ابتداء ان خاف أن يبدره قال فى الانصاف وهو الصواب وقد روى عن ابن عمر أنه رأى لصا فأصلت عليه السيف قال الراوى فلو تركناه لقتله وجاء رجل الى الحسن فقال لص دخل بيتى ومعه حديدة أقتله ؟ قال نعم بأى قتلة قدرت أن تقتله . ووجه الأولى انه أمكنه ازالة العدوان بغير القتل فلم يجز القتل كما لو غصب منه شيئا فأمكن =

شهيدا [١] وهل يجب عليه الدفع عن نفسه؟ على روايتين [٢] . وسواء كان

=أخذه بغير القتل وفعل ابن عمر يحمل على قصد الترهيب لا على قصد إيقاع الفعل فان علم انه يخرج بالعصا لم يكن له ضربه بالحديد لأن الحديد آلة للقتل بخلاف العصا وان ذهب هاربا لم يكن له قتله ولا اتباعه كالبغاة وان ضربه ضربة عطلته لم يكن له أن يثنى عليه لأنه كفى شره وان ضربه فقطع يمينه فولى مدبرا فضربه فقطع رجله فالرجل مضمونة بالقصاص أو الدية لأنه فى حال لا يحل ضربه ولا قطعه وقطع اليد غير مضمون فان مات من سراية القطع فعليه نصف الدية كما لو مات من جراحة اثنين

(١) قوله « فان لم يمكنه دفعه الا بالقتل الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب لأن ضرره اذا لم يندفع إلا به تعين وروى عن عبيد بن عمير أن رجلا ضاف ناساً من هذيل فأراد امرأة على نفسها فرمته بحجر فقال عمر والله لا يودى أبداً فان قتل كان شهيداً لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما أن النبى ﷺ قال « من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد » رواه أبو داود والترمذى وصححه وعن سعيد بن زيد قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « من قتل دون دمه فهو شهيد ومن قتل دون ماله فهو شهيد ومن قتل دون أهله فهو شهيد » رواه أبو داود والترمذى وصححه

[فوائد] يلزمه الدفع عن حرمته على الصحيح من المذهب نص عليه

(الثانية) لا يلزمه الدفع على ماله على الصحيح من المذهب وعنه يلزمه قال فى التبصرة يلزمه فى الأصح

(الثالثة) لا يلزمه حفظ ماله عن الضياع والهلاك على الصحيح من المذهب

(الرابعة) له بذل المال وذكر القاضى أنه أفضل وان حنبلا نقله

(الخامسة) يلزمه الدفع عن نفس غيره على الصحيح من المذهب واختار صاحب الرعاية يلزمه مع ظن سلامة الدافع وكذا ماله مع ظن سلامتهما وذكر جماعة يجوز مع ظن سلامتهما والا حرم ونقل أحمد والترمذى وغيره لا يقاتله لأنه لم يبح له قتله لمال غيره وأطلق صاحب التبصرة والشيخ تقى الدين لزومه عن مال غيره.

(٢) قوله « وهل يجب عليه الدفع عن نفسه الخ » الأصح أن يلزمه الدفع عن=

الصائل آدمياً أو بهيمة . وإذا دخل رجل منزله متلصصا أو صائلا فحكمه حكم ما ذكرنا . وإن عض إنسان إنسانا فانتزع يده من فيه فسقطت ثناياه ذهبت هدرا[١] وإن نظر فى بيته من خصاص الباب او نحوه فخذف عينه ففقأها فلا شىء عليه[٢]

= نفسه لقوله تعالى ﴿ ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة ﴾ وكما يحرم عليه قتل نفسه يحرم عليه إباحة قتل نفسه. والثانية لا يلزمه وصححها ابن المنجا لما روى عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال «ما يمنع أحدكم إذا جاء من يريد قتله أن يكون مثل ابنى آدم القاتل فى النار والمقتول فى الجنة» رواه أحمد وعن أبى موسى رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال « إذا دخل أحدكم فتنة فليكن كخير ابنى آدم» رواه أحمد وأبو داود والترمذى ولأن عثمان رضى الله عنه ترك القتال على من بغى عليه مع القدرة عليه ومنع غيره من قتالهم وصبر على ذلك ولو لم يجز لأنكر الصحابة عليه ذلك

(١) قوله « وان عض انسان يده الخ » هذا المذهب مطلقا وبه قال الشافعى وأبو حنيفة لما روى سعيد عن هشيم عن محمد بن عبد الله ان رجلا عض رجلا فانتزع يده من فيه فسقطت بعض أسنان العاض فاختصما إلى شريح فقال شريح انزع يدك من فى السبع وابطل أسنانه وحكى عن مالك وابن أبى ليلى عليه الضمان لقوله عليه الصلاة والسلام «فى السن خمس من الابل» ولنا ما روى يعلى بن أمية قال كان لى أجير فقاتل رجلا فعض أحدهما يد الآخر قال فانتزع المعضوض يده من فى العاض فانتزع إحدى ثنيتيه فأتى النبى ﷺ فأهدر ثنيته فحسبت انه قال قال النبى ﷺ «أفيدع يده فى فمك تقضمها قضم الفحل» متفق عليه

[تنبيه] محل هذا إذا كان العض محرماً

(٢) قوله « وان نظر فى بيته الخ » هذا المذهب وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة يضمنها ولنا ما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال « لو ان امرأ اطلع عليك بغير إذن فخذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح »وعن سهل بن سعد رضى الله عنه ان رجلا اطلع فى جحر من باب النبى ﷺ ورسول الله ﷺ يحك رأسه بمدرى فى يده فقال رسول الله ﷺ «لو علمت انك تنظر نى لطمست أو لطعنت بها فى عينك » متفق عليهما

باب قتال أهل البغي (١)

وهم القوم الذين يخرجون على الإمام بتأويل سائغ ولهم منعة

[تنبيهان] (الأول) ظاهر كلامه انه سواء تعمد الناظر أو لا وهو صحيح إذا ظنه صاحب البيت متعمداً قال فى المغنى فى هذه الصورة ولو خلت من نساء

(الثانى) مفهوم كلامه انه لو كان الباب مفتوحا ونظر الى من فيه ليس له رميه وهو صحيح وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب ، وقيل هو كالنظر من خصاص الباب جزم به بعضهم

[فائدة] لو تسمع الأعمى على من فى البيت لم يجز طعن اذنه على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الاصحاب واختار ابن عقيل طعن اذنه وقال لا ضمان عليه

[تنبيه] قال فى القواعد الأصولية هكذا ذكره الاصحاب الاعمى اذا تسمع وحكوا فيه القولين قال والذى يظهر ان البصير يلحق بالاعمى على قول ابن عقيل سواء كان أعمى أو بصيراً انتهى قال فى الانصاف وهو الصواب

(١) الاصل فى قتال أهل البغى قوله تعالى ﴿ وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا ﴾ الآية ، ففيها [خمس فوائد] : (الاولى) انهم لم يخرجوا بالبغى عن الايمان فانه سماهم مؤمنين (الثانية) انه أوجب قتالهم (الثالثة) انه أسقط قتالهم إذا فاءوا إلى أمر الله (الرابعة)انه أسقط عنهم التبعة فيما أتلفوه فى قتالهم إذا فاءوا الى أمر الله (الخامسة) ان الآية أفادت جواز قتال من منع حقاً واجبا عليه وعن عبد الله بن عمرو رضى الله عنهما قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « من أعطى اماما صفقة يده وثمرة قلبه فليطعه ما استطاع فان جاء أحد ينازعه فاضربوا عنق الآخر» رواه مسلم وروى عرفجة رأيت رسول الله ﷺ على المنبر يخطب الناس فقال « انها هنات وهنات فمن رأيتموه فارق الجماعة أو يريد أن يفرق أمة محمد كائناً من كان فاقتلوه فان يد الله على الجماعة وان الشيطان مع من فارق الجماعة يركض » أخرجه النسائى بهذا اللفظ ومسلم بلفظ آخر وعن أبى أسامة بن شريك قال قال رسول الله ﷺ « أيما رجل خرج يفرق بين أمتى فاضربوا عنقه» أخرجه النسائى وروى عبادة ابن الصامت رضى الله عنه قال بايعنا رسول الله ﷺ على السمع والطاعة فى المنشط والمكره وان لا ننازع الأمر أهله متفق عليه فكل من ثبتت امامته وجبت طاعته

وشوكة[1] وعلى الامام ان يراسلهم ويسألهم ما ينقمون منه ويزيل مايذكرونه

=وحرم الخروج عليـه لقوله تعالى ﴿ياأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم﴾ ولما تقدم والاحاديث فى هذا كثيرة وأجمعت الصحابة رضى الله عنهم على قتال البغاة فان أبا بكر رضى الله عنه قاتل مانعى الزكاة وعلى قاتل أهل الجمل وصفين والنهروان

[فائدة] نصب الامامة فرض كفاية قال فى الفروع فرض كفاية على الاصح فمن ثبتت امامته بنص أو إجماع أو باجتهاد أو بنص من قبله عليه ويجبر متعين لها حرم قتاله وكذا لو قهر الناس بسيفه حتى أذعنوا له ودعوه اماما قاله فى الكافى وغيره وذكره فى الرعاية رواية وقدم أنه لا يكون اماما بذلك وهما روايتان فى الأحكام السلطانية فان بويع لاثنين فالامام الأول ويعتبر كونه قرشياً حراً عدلا ذكرا عالما كافيا ابتداء ودواما قاله فى نهاية ابن رزين وغيره . ولو تنازعها اثنان متكافئان فى صفات الترجيح قدم أحدهما بالقرعة

(١) قوله « وهم الذين يخرجون الخ » الخارجون عن قبضة الامام أربعة أصناف أحدها قوم امتنعوا من طاعته وخرجوا عن قبضته بغير تأويل فهؤلاء قطاع طريق حكمهم ما تقدم . الثانى قوم لهم تأويل إلا أنهم نفر يسير لا منعة لهم كالعشرة ونحوهم فهؤلاء قطاع طريق على الصحيح من المذهب فلا يعطون حكم البغاة وهذا مذهب الشافعى لأن ابن ملجم لما جرح علياً رضى الله عنه قال للحسن ان برئت رأيت رأيي وان مت فلا تمثلوا به فلم يثبت لفعله حكم البغاة ولأننا لو أثبتنا للعدد اليسير حكم البغاة فى سقوط ضمان ما أتلفوه أفضى إلى اتلاف أموال الناس وقال أبو بكر بغاة أيضا وهو رواية ذكرها أبو الخطاب. الثالث الخوارج الذين يكفرون بالذنب ويكفرون علياً وعثمان وطلحة والزبير وكثيراً من الصحابة ويستحلون دماء المسلمين وأموالهم فظاهر قول الفقهاء المتأخرين من أصحابنا أنهم بغاة لهم حكمهم وهذا قول أبى حنيفة والشافعى وجمهور الفقهاء وكثير من أهل الحديث وأما مالك فيرى استتابتهم فان تابوا والا قتلوا على افسادهم لا على كفرهم وذهبت طائفة من أهل الحديث إلى انهم كفار مرتدون حكمهم حكم المرتدين تباح دماؤهم وأموالهم فان تحيزوا إلى مكان وكانت لهم منعة وشوكة صاروا أهل حرب كسائر الكفار وان كانوا فى قبضة الامام استتابهم كاستتابة المرتدين فان تابوا والاقتلوا والقول=

من مظلمة ويكشف ما يدعونه من شبهة فان فاؤوا والا

= بكفرهم رواية عن أحمد قال فى الانصاف وهو الصواب الذى ندين الله به قال فى الترغيب والرعاية هى أشهر وذكر ابن حامد انه لا خلاف فيه لما روى أبو سعيد رضى الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « يخرج قوم تحقرون صلاتكم مع صلاتهم وصيامكم مع صيامهم وأعمالكم مع أعمالهم يقرأون القرآن لا يجاوز حناجرهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية ينظر فى النصل فلا يرى شيئاً ويتمارى فى الفوق » رواه البخارى ومالك وفى لفظ « يخرج قوم فى آخر الزمان احداث الأسنان سفهاء الأحلام يقولون من خير قول البرية يقرأون القرآن لايجاوز تراقيهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية فأينما لقيتهم فاقتلهم فان قتلهم أجر لمن قتلهم يوم القيامة » رواه البخارى وروى معناه من وجوه يقول كما يخرج هذا السهم نقياً خاليا من الفرث والدم كذلك خروج هؤلاء من الدين يعنى الخوارج وعن أبى امامة أنه رأى رءوسا منصوبة على درج دمشق فقال كلاب النار شر قتلى تحت أديم السماء خير قتلى من قتلوه ثم قرأ ﴿يوم تبيض وجوه﴾ الآية فقيل انت سمعته من رسول الله ﷺ قال لو لم أسمعه إلا مرة أو مرتين أو أربعا حتى عد سبعا ما حدثتكموه قال الترمذى حديث حسن وفى لفظ رواه مالك عن أبى امامة كانوا مسلمين فصاروا كفاراً . وذكر ابن عقيل فى الارشاد عن أصحابنا تكفير من خالف فى أصل كخوارج وروافض ومرجئة وذكر غيره روايتين فيمن قال لم يخلق الله المعاصى أو وقف فيمن حكمنا بكفره وفيمن سب صحابيا غير مستحل وان مستحله كافر . وقال الشيخ تقى الدين نصوصه صريحة على عدم كفر الخوارج والقدرية والمرجئة وغيرهم وانما كفر الجهمية لا أعيانهم قال وطائفة تحكى عنه روايتين فى تكفير أهل البدع مطلقا حتى المرجئة والشيعة المفضلة لعلى قال ومذهب الأئمة أحمد وغيره مبنية على التفصيل بين النوع والعين ونقل الجماعة عن أحمد من قال علم الله مخلوق كفر

[فائدة] قال الامام أحمد فى مبتدع داعية له دعاة أرى حبسه وكذا قال فى التبصرة على الامام منعهم وردعهم ولا يقاتلهم إلا أن يجتمعوا لحربه فكبغاة وقال أحمد فى الداعية الحرورية يقاتل كبغاة ونقل ابن منصور ويقاتل من منع الزكاة وكل من منع فريضة فعلى المسلمين قتاله حتى يأخذوها منه واختاره أبو الفرج =

قاتلهم[١] وعلى رعيته معونته على حربهم فان استنظروه مدة رجاء رجوعهم فيها أنظرهم وإن ظن انها مكيدة لم ينظرهم وقاتلهم . ولا يقاتلهم بما يعم اتلافه كالمنجنيق والنار الا لضرورة ولا يستعين فى حربهم بكافر وهل يجوز ان يستعين عليهم بسلاحهم وكراعهم؟ على وجهين . ولا يتبع لهم مدبر ولا يجاز لهم على جريح[٢] ولا يغنم لهم مال ولا تسبى لهم ذرية[٣] ومن أسر من رجالهم

= والشيخ تقى الدين وقال أجمعوا ان كل طائفة ممتنعة من شريعة متواترة من شرائع الاسلام يجب قتالها حتى يكون الدين كله لله كالمحاربين وأولى وقال فى الرافضة شر من الخوارج اتفاقا قال وفى قتل الواحد منهما وكفره ونحوهما روايتان والصحيح جواز قتله كالداعية ونحوه ، الرابع قوم من أهل الحق يخرجون عن قبضة الامام ويرومون خلعه لتأويل سائغ وفيهم منعة يحتاج فى كفهم الى جمع الجيش فهؤلاء البغاة الذين يذكر فى الباب حكمهم

(١) قوله « وعلى الامام الخ » أى لا يجوز قتالهم حتى يبعث اليهم من يسألهم ويكشف لهم الصواب الا أن يخاف كلبهم فلا يمكن ذلك فى حقهم فان لجوا قاتلهم حينئذ لأن الله تعالى بدأ بالأمر بالاصلاح قبل القتال فقال ﴿ وان طائفتان ﴾ الآية وروى ان عليا راسل أهل البصرة قبل وقعة الجمل ولما اعتزلته الحرورية بعث اليهم عبد الله بن عباس رضى الله عنهما

(٢) قوله « ولا يتبع لهم مدبر الخ » يعنى إذا تركوا القتال اما بالرجوع الى الطاعة أو بالقاء السلاح أو بالهزيمة إلى فئة أو غير فئة واما لعجز اما لجراح أو مرض أو أسر فانه يحرم قتالهم واتباع مدبرهم وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة إذا هزموا ولا فئة لهم كقولنا وان كانت لهم فئة يلجأون اليها جاز قتل مدبرهم وأسرهم والاجازة على جريحهم . ولنا ما روى عن على رضى الله عنه انه قال يوم الجمل لا يذفف على جريح ولا يهتك ستر ولا يفتح باب ومن أغلق بابا أو بابه فهو آمن ولا يتبع مدبر وروى نحو ذلك عن عمار وعن على رضى الله عنه أنه ودى قوما من بيت المال قتلوا مدبرين وروى القاضى فى شرحه عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أنه ﷺ قال يا ابن أم عبد ما حكم من بغى على أمتى قلت الله ورسوله أعلم فقال لا يتبع مدبرهم ولا يجاز على جريحهم ولا يقتل أسيرهم ولا يقسم مالهم

(٣) قوله « ولا يغنم لهم مال الخ » لا نعلم فى تحريمه بين أهل العلم خلافا لما =

حبس حتى ينقضي الحرب ثم يرسل[١] . وان أسر صبى او امرأة فهل يفعل به ذلك أو يخلى فى الحال ؟ يحتمل وجهين . وإذا انقضى الحرب فمن وجد منهم ماله فى يد إنسان أخذه[٢] ولا يضمن أهل العدل ما اتلفوا عليهم حال الحرب من نفس أو مال . وهل يضمن البغاة ما اتلفوه على أهل العدل فى الحرب ؟ على روايتين[٣] . ومن اتلف فى غير حال الحرب شيئا

= تقدم من حديث أبى امامة وابن مسعود ولأنهم معصومون وانما أبيح من دمائهم وأموالهم ما حصل من ضرورة دفعهم وقتالهم وما عداه يبقى على أصل التحريم وقد روى أن علياً يوم الجمل قال من عرف شيئا من ماله مع أحد فليأخذه وكان من جملة ما نقم الخوارج على على أنهم قالوا إنه قاتل ولم يسب ولم يغنم

(١) قوله « ومن أسر من رجالهم الخ » يعنى يخلى سبيله ان دخل فى الطاعة فان أبى ذلك وكان رجلا جلدا من أهل القتال حبس ما دامت الحرب قائمة فاذا انقضت الحرب خلى سبيله وشرط عليه أن لا يعود الى القتال

[فائدة] إذا أسر كل فريق أسارى جاز فداء أسارى أهل العدل بأسارى البغاة فان قتل أهل البغى أسارى أهل العدل لم يجز لأهل العدل قتل اساراهم لأنهم لا يقتلون بجناية غيرهم ولا تزر وازرة وزر أخرى فان أبى أهل البغى مفاداة الأسرى الذين معهم وحبسوهم احتمل أن يجوز لأهل العدل حبس من معهم ليتوصلوا إلى تخليص اساراهم واحتمل ان لا يجوز حبسهم ويطلقون

(٢) قوله « وان انقضى الحرب الخ » لما ذكرنا من قول على من عرف شيئا أخذه ولأنه مال معصوم بالاسلام فاشبه مال غير البغاة

(٣) قوله « وهل يضمن البغاة الخ » إحداهما لاضمان عليهم فيما أتلفوه من نفس أو مال وبه قال أبو حنيفة والشافعى فى أحد قوليه والثانية يضمنون وهو القول الثانى للشافعى لقول أبى بكر رضى الله عنه لأهل الردة تدون قتلانا ولا ندى قتلاكم ولأنها نفوس وأموال معصومة أتلفت بغير حق ولنا ما روى الزهرى قال كانت الفتنة العظمى بين الناس وفيهم البدريون فأجمعوا على ان لا يقام حد على رجل ارتكب فرجا حراماً بتأويل القرآن ولا يلزم ما لا أتلفه بتأويل القرآن ولأنها طائفة ممتنعة بالحرب بتأويل سائغ فلم تضمن ما أتلفت فأما قول أبى بكر رضى الله =

ضمنه(١) وما أخذوا فى حال امتناعهم من زكاة أوخراج او جزية لم يعد عليهم ولا على صاحبه ومن ادعى دفع زكاته اليهم قبل بغير يمين وان ادعى ذمى دفع جزيته اليهم لم يقبل الا ببينة وان ادعى إنسان دفع خراجه اليهم فهل يقبل بغير بينة؟ على وجهين . وتجوز شهادتهم ولا ينقض من حكم حاكمهم الا ما ينقض من حكم غيره . وان استعانوا بأهل الذمة فاعانوهم انتقض عهدهم الا ان يدعوا أنهم ظنوا انه يجب عليهم معونة من استعان بهم من المسلمين ونحو ذلك فلا ينتقض عهدهم ، ويغرمون ما أتلفوه من نفس ومال(٢). وإن استعانوا بأهل

= عنه فقد رجع عنه فان عمر قال له أما أن يدوا قتلانا فلا فان قتلانا قتلوا فى سبيل الله على ما امر الله فوافقه أبو بكر ورجع الى قوله فصار اجماعا ولم ينقل انه غرم أحدا شيئا من ذلك

(١) قوله « ومن أتلف فى غير حال الحرب الخ » وبهذا قال الشافعى ولذلك لما قتل الخوارج عبد الله بن خباب أرسل اليهم على أقيدونا من عبد الله بن خباب ولما قتل ابن ملجم عليا رضى الله عنه فى غير المعركة قتل به وهل يتحتم قتل الباغى إذا قتل أحداً فى غير المعركة ؟ فيه وجهان أحدهما يتحتم لأنه قتل باشهار السلاح والسعى فى الأرض بالفساد فأشبه قطاع الطريق والثانى لا يتحتم وهو الصحيح لقول على ان شئت اعفو وان شئت استقدت

[فائدة] من قتل من أهل البغى غسل وصلى عليه وبه قال الشافعى وقال أصحاب الرأى ان لم يكن لهم فئة صلى عليهم فان كانت لهم فئة لم يصل عليهم لأنه يجوز قتلهم فى هذه الحالة فلم يصل عليهم كالكفار ولنا قوله ﷺ صلوا على من قال لا إله إلا الله رواه الخلال فى جامعه ولم يفرق أصحابنا بين الخوارج وغيرهم فى هذا وهو مذهب الشافعى وأصحاب الرأى وظاهر كلام أحمد أنه لا يصلى على الخوارج فانه قال أهل البدع ان مرضوا فلا تعودوهم وان ماتوا فلا تصلوا عليهم وقال : الرافضة والجهمية لا يصلى عليهم وقال مالك لا يصلى على الإباضية ولا القدرية وسائر أهل الاهواء ولا تتبع جنائزهم ولا تعاد مرضاهم

(٢) قوله « ويغرمون ما أتلفوه الخ » يعنى أهل الذمة إذا قاتلوا وهذا المذهب بخلاف أهل البغى لأنهم أتلفوه بتأويل سائغ وهؤلاء لا تأويل لهم

الحرب وامنوهم لم يصح امانهم وأبيح قتلهم[١] وإن أظهر قوم رأى الخوارج ولم يجتمعوا لحرب لم يتعرض لهم[٢] فان سبوا الامام عزرهم وإن جنوا جناية أو أتوا حدا اقامه عليهم وان اقتتلت طائفتان لعصبية أو طلب رياسة فهما ظالمتان وتضمن كل واحدة ما أتلفت على الأخرى[٣]

باب حكم المرتد[٤]

وهو الذى يكفر بعد اسلامه . فمن أشرك بالله أو جحد ربوبيته أو

---

(١) قوله « وان استعانوا بأهل الحرب الخ » لأن الامان من شرط صحته التزام كفهم عن المسلمين وهؤلاء يشترطون عليهم قتال المسلمين فلا يصح ولأهل العدل قتلهم كمن لا يؤمنون سواء وحكم أسيرهم حكم أسير سائر أهل الحرب فأما البغاة فلا يجوز لهم قتلهم لأنهم أمنوهم فلا يجوز الغدر بهم

(٢) قوله « وان أظهر قوم رأى الخوارج الخ » وهـذا قول أبى حنيفة والشافعى وجمهور أهل الفقه روى ذلك عن عمر بن عبد العزيز وسأله المروذى عن قوم من أهل البدع يتعرضون ويكفرون قال لا تعرضوا لهم قلت وأى شىء تكره أن يحبسوا قال لهم والدات وأخوات وقال فى رواية ابن منصور الحرورية إذا دعوا الى ما هم عليه فقاتلوهم والا فلا وسأله ابراهيم الأطروشى عن قتل الجهمى قال أرى قتل الدعاة منهم ونقل ابن الحكم ان مالكا قال عمرو بن عبيد يستتاب فان تاب والا ضربت عنقه قال أحمد أرى ذلك إذا جحد العلم وذكر له المروذى عمرو بن عبيد قال كان لا يقر بالعلم وهذا كافر وقال له المروذى . الكرابيسى يقول من لم يقل لفظه بالقرآن مخلوق فهو كافر فقال هو الكافر

(٣) قوله « وان اقتتلت طائفتان الخ » أى لأنها أتلفت نفساً معصومة أو مالا معصوما قال فى الانصاف وهذا بلاخلاف اعلمه لكن قال الشيخ تقى الدين ان جهل قدر ما نهبه كل طائفة من الأخرى تساويا كمن جهل قدر المحرم من ماله أخرج نصفه والباقى له وقال أيضا أوجب الأصحاب الضمان على مجموع الطائفة وان لم يعلم عين المتلف وقال أيضا وان تقابلا تقاصا لأن المباشر والمعين سواء عند الجمهور . انتهى

[فائدة] لو دخل أحد فيهما ليصلح بينهما فقتل وجهل قاتله ضمنته الطائفتان

(٤) المرتد هو الذى يكفر بعد إسلامه قال تعالى ﴿ ومن يرتدد منكم عن =

وحدانيته أو صفة من صفاته او اتخذ لله صاحبة أو ولدا او جحد نبيا أو كتابا من كتب الله تعالى او شيئا منه او سب الله تعالى أو رسوله كفر (١). ومن

= دينه ﴾ الآية وقال ﷺ « من بدل دينه فاقتلوه » وأجمع أهل العلم على وجوب قتل المرتدين

[فائدتان] احداهما قوله فمن أشرك بالله الخ قال ابن عقيل فى الفصول أو جحد صفة من صفاته المتفق على اثباتها

(الثانية) قوله أو سب الله أو رسوله الخ قال الشيخ تقى الدين وكذا لو كان مبغضاً لرسوله أو لما جاء به اتفاقاً

(١) قوله « فمن أشرك بالله الخ » هذا بلا نزاع فى الجملة ، ومراده اذا أتى بذلك طوعا ولو هازلا وكان ذلك بعد أن أسلم طوعا وقيل وكرها قال فى الانصاف ظاهر كلام الأصحاب أن هذه الأحكام مرتبة عليه حيث حكمنا باسلامه طوعا أو كرهاً

[فائدة] قال الشيخ تقى الدين : وكذا الحكم لو جعل بينه وبين الله وسائط يتوكل عليهم ويدعوهم ويسألهم إجماعا . قال جماعة من الأصحاب أو سجد لشمس أو قمر قال فى الترغيب لو أتى بقول أو فعل صريح فى الاستهزاء بالدين وقيل أو كذب على نبي أو أصر فى دارنا على خمر أو خنزير غير مستحل وقال القاضى رأيت بعض أصحابنا يكفر جاحد تحريم النبيذ والمسكر كله كالخمر ولا يكفر بجحد قياس اتفاقا للخلاف بل بسنة ثابتة . قال ومن أظهر الاسلام وأسر الكفر فمنافق وان أظهر انه قائم بالواجب وفى قلبه أن لا يفعل فنفاق وهل يكفر على وجهين قال وظاهر كلام أحمد والأصحاب لا يكفر إلا منافق أسر الكفر قال ومن أصحابنا من أخرج الحجاج عن الاسلام لأنه أخاف أهل المدينة وانتهك حرم الله وحرم رسوله قال فى الفروع فيتوجه عليه يزيد ونحوه ونص أحمد خلاف ذلك وعليه الأصحاب وانه لا يجوز التخصيص باللعنة خلافا لأبى الحسين وابن الجوزى وغيرهما وقال الشيخ تقى الدين ظاهر كلامه الكراهة

[فائدة] قال الشيخ تقى الدين وكذا من اعتقد أن الكنائس بيوت الله أو أنه يعبد فيها أو أنه يحب ذلك أو يرضاه أو أعانهم على فتحها أو إقامة دينهم وان ذلك =

جحد وجوب العبادات الخمس او شيئا منها أو أحل الزنا او الخمر او شيئا من المحرمات الظاهرة المجمع عليها لجهل عرف ذلك وان كان ممن لا يجهل ذلك كفر . وان ترك شيئا من العبادات الخمس تهاونا لم يكفر(١) وعنه يكفر الا الحج لا يكفر بتأخيره بحال . فمن ارتد عن الاسلام من الرجال والنساء وهو بالغ عاقل دعي اليه ثلاثة أيام وضيق عليه فان لم يتب قتل(٢) وعنه لا تجب استتابته بل تستحب ويجوز قتله فى الحال . ويقتل بالسيف ولا يقتله الا الامام أو نائبه فان قتله غيره بغير اذنه أساء وعزر ولا ضمان عليه سواء قتله قبل

= قربة أو طاعة وان لاحد طريقا إلى الله من غير متابعة الرسول محمد ﷺ ولا يجب عليه اتباعه أو قال أنا محتاج إلى محمد فى علم الظاهر دون علم الباطن أو فى علم الشريعة دون علم الحقيقة أو قال ان من الاولياء من يسعه الخروج عن شريعته كما وسع الخضر الخروج عن شريعة موسى او لعن التوراة لا ما بأيديهم الآن او زعم ان الله بذاته فى كل مكان مختلط بالمخلوقات او ان عباد الاصنام ما عبدوا إلا الله أو ادعى الوهية علي او نبوته أو ان جبريل غلط او ان القرآن نقص منه شيء او كتم او ان له تأويلات باطلة تسقط الأعمال المشروعة كالقرامطة او الباطنية او قذف عائشة بما برأها وفى قذف غيرها من نسائه قولان صحح الشيخ انه كهو او زعم ان الصحابة ارتدوا بعد رسول الله ﷺ الا نفراً قليلا لا يبلغون بضعة عشر او أنهم فسقوا كفر فى الكل قاله فى الصارم المسلول

(١) قوله « وان ترك شيئا من العبادات الخمس الخ » يعنى اذا عزم على انه لا يفعله ابدا استتيب وجوبا كالمرتد فان اصر لم يكفر ويقتل حدا وعنه يكفر الا الحج لا يكفر بتأخيره بحال وعنه يكفر بالجميع نقلها ابو بكر واختارها هو وابن عبدوس وعنه يختص الكفر بالصلاة وهو الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب وعنه يختص الكفر بالصلاة والزكاة

(٢) قوله « فمن ارتد عن الاسلام الخ » فى هذه المسئلة مسائل : (الاولى) انه لا فرق بين الرجال والنساء فى وجوب القتل روى ذلك عن أبي بكر وعمر وبه قال الحسن والزهري والنخعي ومكحول وحماد ومالك والليث والشافعي واسحاق وروى عن علي والحسن وقتادة انها تسترق ولا تقتل لأن أبا بكر استرق نساء بني =

الاستتابة او بعدها . وان عقل الصبى الاسلام صح اسلامه وردته[1] وعنه يصح

=حنيفة وذراريهم واعطى عليا امرأة منهم فولدت له محمد بن الحنفية وهذا بمحضر من الصحابة فلم ينكر فكان اجماعا . وقال ابو حنيفة تجبر على الاسلام بالحبس والضرب ولا تقتل لقوله ﷺ « لا تقتلوا امرأة » ولأنها لا تقتل بالكفر الاصلى فلا تقتل بالطارىء كالصبى ولنا قوله ﷺ « من بدل دينه فاقتلوه » رواه البخارى وأبو داود وقال ﷺ لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث إلى قوله والتارك لدينه المفارق للجماعة متفق عليه وروى الدارقطنى ان امرأة يقال لها أم مروان ارتدت عن الاسلام فبلغ امرها النبى ﷺ فأمر أن تستتاب فان تابت والا قتلت. وأما نهيه ﷺ عن قتل المرأة فالمراد به الأصلية قال ذلك حين رأى امرأة مقتولة وكانت كافرة أصلية (الثانية) انه لا يقتل حتى يستتاب ثلاثاً هذا المذهب وجوباوهو قول أكثر أهل العلم منهم عمر وعطاء والنخعى ومالك والثورى والأوزاعى واسحاق وأصحاب الرأى وهو احد قولى الشافعى . وعن احمد لا تجب استتابته بل تستحب وهو القول الثانى للشافعى وبه قال عبيد بن عمير وطاوس ويروى عن الحسن لقوله ﷺ من بدل دينه فاقتلوه ولم يذكر استتابه وروى أن معاذاً قدم على أبى موسى فوجد عنده رجلا موثقاً فقال ما هذا قال رجل كان يهودياً فأسلم ثم راجع دينه دين السوء فتهود فقال لا أجلس حتى يقتل قضاء الله ورسوله ثلاث مرات فأمر به فقتل متفق عليه ولم يذكر استتابة ، ووجه الأول حديث ام مروان المتقدم وروى فى الموطأ انه قدم على عمر رجل من قبل أبى موسى فقال له عمر : هل كان من مغربة خبر ؟ قال نعم رجل كفر بعد اسلامه . فقال مافعلتم به قال قربناه فضربنا عنقه . فقال عمر فهلا حبستموه ثلاثا فأطعمتموه كل يوم رغيفاً واستتبتموه لعله يتوب أو يراجع أمر الله ، اللهم لم أحضر ولم آمر ولم ارض اذ بلغنى . ولو لم تجب لما برىء من فعلهم .واما حديث معاذ فانه قد جاء فيه وكان قد استتيب ويروى ان ابا موسى استتابه شهرين قبل قدوم معاذ عليه وفى رواية فدعاه عشرين ليلة او قريبا من ذلك فجاء معاذ فدعاه وأبى فضربت عنقه رواهن ابو داود . ومدة الاستتابة ثلاثة أيام روى ذلك عن عمر وبه قال مالك واسحاق وأصحاب الرأى وأحد قولى الشافعى وفى الآخر ان تاب وإلا قتل مكانه وهو أصح قوليه وهو قول ابن المنذر لحديث ام مروان ومعاذ وقال الزهرى يدعى ثلاث مرات فان أبى ضربت عنقه . (الثالثة) انه ان لم يتب قتل فى قول عامة الفقهاء

(١) قوله « وان عقل الصبى الخ » يعنى اذا كان مميزاً وهذا المذهب فأما الطفل=

اسلامه دون ردته وعنه لا يصح شيء منهما حتى يبلغ والمذهب الاول ، وان أسلم ثم قال لم أدر ما قلت لم يلتفت الى قوله واجبر على الاسلام[1] ولا يقتل حتى يبلغ ويجاوز ثلاثة أيام من وقت بلوغه فان ثبت على كفره قتل [2]. ومن ارتد وهو سكران لم يقتل حتى يصحو وتتم له ثلاثة أيام من وقت ردته فان

= الذي لا يعقل والمجنون ومن زال عقله بنوم أو إغماء اوشرب دواء مباح شربه فلا تصح ردته ولا حكم لكلامه بغير خلاف . ولو قتله قاتل عمداً فطلب أولياؤه القود كان عليه القود حكاه ابن المنذر اجماع من يحفظ عنه لقوله ﷺ « رفع القلم عن ثلاثة » وأما اسلام الصبي فيصح فى الجملة وبه قال ابو حنيفة واسحاق وابن ابى شيبة وابو ايوب . وقال الشافعي وزفر لا يصح اسلامه حتى يبلغ لقوله ﷺ رفع القلم الخ ولنا عموم قوله ﷺ « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة » وقوله « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله » وقال عليه الصلاة والسلام « كل مولود يولد على الفطرة » وعنه يصح إسلامه دون ردته قال فى الفروع وهى اظهر واليه ميل المصنف والشارح وعنه لا يصح شيء منهما حتى يبلغ وعنه ممن بلغ عشرا وجزم به فى الوجيز واختاره الخرقى والقاضي فى المجرد فى صحة اسلامه قال الزركشي هذا هو المذهب المعروف والمختار لعامة الأصحاب حتى ان جماعة منهم ابو محمد فى المغنى والكافى جزموا بذلك وعنه يصح ممن بلغ سبعا فعلى الروايات كلها يحال بينه وبين الكفار قال فى الانتصار ويتولاه المسلمون ويدفن فى مقابرهم

(١) قوله « وان أسلم ثم قال الخ » يعنى الكافر صغيرا كان او كبيرا وهذا المذهب ، قال ابو بكر والعمل عليه وعنه يقبل منه وعنه يقبل ان ظهر صدقه وروى عن أحمد انه يقبل من الصبي ولا يجبر على الاسلام فعلى المذهب اذا ارتد صحت ردته وأجبر على الاسلام وهو قول ابى حنيفة والظاهر من مذهب مالك وعند الشافعي لا يصح اسلامه ولا ردته

(٢) قوله « ولا يقتل الخ » هذا المذهب وعليه عامة الأصحاب لأن الغلام لا يجب عليه عقوبة بدليل انه لا يتعلق به حكم الزنا والسرقة وسائر الحدود ولا يقتل قصاصاً

مات فى سكره مات كافرا[١]. وعنه لا تصح ردته وهل تقبل توبة الزنديق ومن تكررت ردته أو من سب الله تعالى او رسوله والساحر؟ على روايتين[٢]

---

(١) قوله « ومن ارتد وهو سكران الخ » تصح ردة السكران على الصحيح من المذهب نص عليه وهو مذهب الشافعى وعنه لا تصح ردته وهو مذهب أبى حنيفة لأن ذلك يتعلق بالاعتقاد والقصد والسكران لايصح قصده . ووجه الاولى ان الصحابة قالوا فى السكران إذا سكر هذى وإذا هذى افترى فحدوه حد المفترى وأوجبوا عليه حد الفرية التى يأتى بها فى حال سكره واقاموا مظنتها مقامها ولأنه يقع طلاقه فصحت ردته وقولهم ليس بمكلف ممنوع فان الصلاة واجبة عليه وكذلك سائر أركان الاسلام ويأثم بفعل المحرمات وهذا معنى التكليف والمذهب ان ابتداء الأيام الثلاثة من حين صحوه فتؤخر استتابته إلى حين صحوه وان قتله قاتل فى حال سكره لم يضمنه لأن عصمته زالت بردته وان مات او قتل مات كافراً ولا يرثه ورثته فان اسلم فى سكره صح اسلامه

(٢) قوله « وهل تقبل توبة الزنديق الخ » احداهما لا تقبل توبته ويقتل بكل حال وهو المذهب صححه فى التصحيح وادراك الغاية وجزم به فى الوجيز وغيره وقدمه فى المحرر وغيره وهو اختيار ابى بكر والشريف وابى الخطاب وابن البنا والشيرازى فى الزنديق ، وبه قال مالك والليث واسحاق فى الزنديق ومن تكررت ردته . والأخرى تقبل توبته كغيره أى كفر كان وهو ظاهر كلام الخرقى وهو اختيار الخلال فى الساحر ومن تكررت ردته والزنديق وآخر قولى الامام احمد وهو مذهب الشافعى والعنبرى ويروى ذلك عن على وابن مسعود وعن أبى حنيفة روايتان كهاتين ووجه الرواية الأولى قوله تعالى ﴿ إلا الذين تابوا وأصلحوا وبينوا ﴾ والزنديق لايظهر منه ما يبين رجوعه لأنه كان مظهراً للاسلام مسراً للكفر فاذا أظهر التوبة لم يرد على ما كان منه قبلها وهو اظهار الاسلام ولقوله تعالى ﴿ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفراً﴾ الآية وروى الاثرم بإسناده عن ظبيان بن عمارة ان رجلا من بنى سعيد مر على مسجد بنى حنيفة فاذا هم يقرأون برجز مسيلمة فرجع الى ابن مسعود فذكر ذلك له فبعث اليهم فأتى بهم فاستتابهم فتابوا فخلى سبيلهم إلا رجلا منهم يقال له ابن النواحة قال قد =

احداها لا تقبل توبته ويقتل بكل حال والأخرى تقبل توبته كغيره. وتوبة المرتد اسلامه وهو ان يشهد ان لا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله الا أن تكون ردته بانكار فرض او احلال محرم أو جحد نبي او كتاب أو الى دين من يعتقد ان محمدا بعث الى العرب خاصة فلا يصح اسلامه حتى يقر بما جحده

= أتيت بك مرة فزعمت أنك قد تبت وأراك قد عدت فقتله ولأن ظاهر ما نقل عن الصحابة انهم لم يستتيبوا الساحر وما نقل عن احد من الصحابة انه استتاب ساحراً ووجه الرواية الأخرى قوله تعالى ﴿قل للذين كفروا ان ينتهوا﴾ الآية وروى ان رجلا سارّ رسول الله ﷺ فلم يدر ما سارّه به فاذا هو يستأذنه فى قتل رجل من المنافقين فقال رسول الله ﷺ أليس يشهد أن لا إله الا الله الخ وعنه مثلهم من ولد على الفطرة ثم ارتد ذكره الشيخ تقى الدين

[تنبيه] محل الخلاف فى الساحر حيث يحكم بقتله بذلك

[فوائد] (الأولى) حكم من تنقص النبي ﷺ حكم من سبه على الصحيح من المذهب ونقله حنبل وقيل ولو تعريضا نقل حنبل من عرض بشىء من ذكر الرب فعليه القتل مسلما كان أو كافرا وانه مذهب اهل المدينة

(الثانية) محل الخلاف المتقدم فى عدم قبول توبتهم وقبولها فى أحكام الدنيا من ترك قتلهم وثبوت أحكام الاسلام فاما فى الآخرة فان صدقت توبتهم قبلت بلا خلاف ذكره ابن عقيل والمصنف والشارح وجماعة

(الثالثة) الزنديق هو الذى يظهر الاسلام ويسر الكفر ويسمى منافقاً فى الصدر الأول

(الرابعة) تقبل توبة القاتل على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب قاطبة فعلى المذهب لو اقتص من القاتل أو عفى عنه هل يطالبه المقتول فى الآخرة ؟ فيه وجهان . قال ابن القيم فى الداء والدواء وغيره والتحقيق فى المسئلة ان القتل يتعلق به ثلاثة حقوق حق لله وحق للمقتول وحق للولى فاذا أسلم القاتل نفسه طوعا واختيارا الى الولى ندما على ما فعل وخوفا من الله وتوبة نصوحا سقط حق الله بالتوبة وحق الأولياء بالاستيفاء او الصلح او العفو وبقى حق المقتول يعوضه الله تعالى عنه يوم القيامة عن عبده التائب المحسن ويصلح بينه وبينه فلا يبطل حق هذا ولا تبطل توبة هذا . انتهى

ويشهد أن محمدا بعث الى العالمين او يقول أنا برىء من كل دين يخالف دين الاسلام [١] . وإذا مات المرتد فاقام وارثه بينة انه صلى بعد الردة حكم باسلامه [٢] ولا يبطل احصان المسلم بردته [٣] ولا عبادته التى فعلها فى اسلامه اذا عاد الى الاسلام [٤]

---

(١) قوله « الا أن تكون ردته الخ » يعنى يأتى بذلك مع الاتيان بالشهادتين اذا كان ارتداده بهذه الصفة وهذا المذهب

[فائدة] إذا أتى الكافر بالشهادتين ثم قال لم أرد الاسلام صار بذلك مرتداً ويجبر على الاسلام نص عليه . وعنه يقبل منه ولا يجبر على الاسلام

(٢) قوله « واذا مات المرتد الخ » متى صلى الكافر حكم باسلامه أصليا كان أو مرتدا جماعة او فرادى فى دار الاسلام او فى دار الحرب . وقال الشافعى يحكم باسلامه إذا صلى فى دار الحرب ولا يحكم باسلامه إذا صلى فى دار الاسلام لأنه يحتمل انه صلى رياء وتقية . ولنا ان ما كان اسلاما فى دار الحرب كان اسلاما فى دار الاسلام كالشهادتين واحتمال التقية والرياء يبطل بالشهادتين وأما سائر أركان الاسلام من الزكاة والصيام والحج فلا يحكم باسلامه به فان المشركين كانوا يحجون فى عهد رسول الله ﷺ حتى منعهم فقال لا يحج بعد العام مشرك والزكاة صدقة وهم يتصدقون وأما الصيام فلكل أهل دين صيام بخلاف الصلاة فانها أفعال تتميز عن أفعال الكفار ويختص بها أهل الاسلام ولا يثبت بها الاسلام حتى يأتى بصلاة تتميز عن صلاة الكفار فتى أقام الوارث بينة انه صلى بعد ردته حكم له بالميراث الا ان يثبت انه ارتد بعد صلاته او تكون ردته بجحد فريضة او كتاب او نبى او ملك او نحو ذلك من البدع التى ينسب أهلها الى الاسلام فانه لا يحكم باسلامه بصلاته

(٣) قوله « ولا يبطل احصان المسلم الخ » هذا المذهب نص عليه فاذا كان محصنا فارتد ثم اسلم لم يصر غير محصن بل متى زنى رجم

(٤) قوله « ولا عباداته الخ » يعنى لا يبطل إذا عاد الى الاسلام . اما الحج فالصحيح من المذهب انه لا يلزمه قضاؤه بل يجزئه نص عليه وعنه يلزمه اعادته اختاره القاضى وجزم به ابن عقيل فى الفصول وجزم به فى الافادات لابن حمدان =

فصل

ومن ارتد لم يزل ملكه بل يكون ملكه موقوفا وتصرفاته موقوفة(١) فان

=واختاره ابن عبدوس فى تذكرته واما الصلاة اذا أسلم بعدها فى وقتها فحكمها حكم الحج على الصحيح من المذهب خلافا ومذهبا وقال القاضى لا يعيد الصلاة وان أعاد الحج لفعلها فى اسلامه الثانى وأما غيرهما من العبادات فقال الأصحاب لا تبطل عبادة فعلها فى الاسلام اذا عاد الى الاسلام ولا قضاء عليه الا ما تقدم من الحج والصلاة

(١) قوله « ومن ارتد الخ » اعلم ان مال المرتد إذا مات مرتداً لا يخلو اما أن نقول يرثه ورثته من المسلمين او يرثه ورثته من دينه الذى اختاره او يكون فيئاً على ما تقدم فى باب ميراث أهل الملل ، فان قلنا يرثه ورثته من المسلمين او من الدين الذى اختاره فان تصرفه فى ملكه فى حال ردته كالمسلم ويقر بيده وهذا المذهب وعليه اكثر الأصحاب وقال ابو الخطاب فى الانتصار لا قطع بسرقة مال مرتد لعدم عصمته ، وان قلنا يكون فيئا ففى وقت مصيره فيئا ثلاث روايات إحداهن يكون فيئا من حين موته مرتدا وهذا الصحيح من المذهب قاله فى الفروع والرواية الثانية يصير فيئا بمجرد ردته اختاره ابو بكر وابو اسحاق وابن أبى موسى وصاحب التبصرة والطريق الأقرب وهو قول المصنف وقال ابو بكر يزول ملكه بردته ولا يصح تصرفه فان أسلم رد اليه تمليكا مستأنفا ، والرواية الثالثة يتبين بموته مرتداً كونه فيئاً من حين الردة فعلى الصحيح من المذهب يمنع من التصرف فيه واختار المصنف والشارح وغيرهما ان تصرفه يوقف ويترك عند ثقة كالرواية الثالثة وهو ظاهر كلام المصنف هنا . قال ابن منجا وغيره المذهب لايزول ملكه بردته ويكون ملكه موقوفا وكذلك تصرفاته على المذهب انتهى فعلى الرواية الثالثة يحفظه الحاكم وتوقف تصرفاته كلها فان اسلم أمضيت والا تبينا فسادها وعلى الأولى والثالثة ينفق على من تلزمه نفقته وتقضى ديونه فان اسلم أخذه او بقيته ونفذ تصرفه والا بطل وقال الشارح لايحكم بزوال ملك المرتد بردته فى قول أكثر أهل العلم وقال مالك يزول ملكه بردته فان راجع الاسلام رد اليه تمليكا مستأنفا وقال أصحاب ابى حنيفة ماله موقوف ان اسلم تبينا بقاء ملكه وان مات اوقتل تبينا زواله من حين ردته وعن الشافعى الأقوال الثلاثة وان لحق المرتد بدار الحرب فالحكم فيه حكم من هو=

اسلم ثبت ملكه وتصرفاته والا بطلت وتقضى ديونه واروش جناياته وينفق على من تلزمه مؤنته وما اتلف من شيء ضمنه[١]، ويتخرج فى الجماعة الممتنعة ان لا تضمن ما اتلفته، وقال ابو بكر يزول ملكه بردته ولا يصح تصرفه وإن اسلم رد اليه تمليكا مستأنفا . وإذا أسلم فهل يلزمه قضاء ما ترك من العبادات؟ على روايتين[٢]. وإذا ارتد الزوجان ولحقا بدار الحرب ثم قدر عليهما لم يجز استرقاقهما ولا استرقاق اولادهما الذين ولدوا فى دار الاسلام ومن لم يسلم منهم قتل . ويجوز استرقاق من ولد بعد الردة، وهل يقرون على كفرهم؟ على روايتين

فصل

والساحر الذى يركب المكنسة وتسير به فى الهواء ونحوه يكفر ويقتل

= فى دار الاسلام الا ان ما كان معه من ماله يصير مباحا لمن قدر عليه كما أبيح دمه وأما أملاكه وماله الذى فى دار الاسلام فملكه ثابت فيه ويتصرف فيه الحاكم بما ترى المصلحة فيه وقال ابو حنيفة يورث ماله كما لو مات لأنه قد صار فى حكم الموتى بدليل حل دمه وماله الذى معه لكل من قدر عليه

(١) قوله «وما أتلف من شيء ضمنه» هذا المذهب لأن الاتلاف يوجب الضمان على المسلم فلأن يوجب على المرتد بطريق الأولى وعنه ان فعله بدار حرب أو فى جماعة مرتدة ممتنعة فلا يضمن اختاره الخلال وصاحبه أبو بكر والمصنف والشيخ تقى الدين وغيرهم لفعل الصحابة وكالكافر الأصلى إجماعا، وقال الشافعى حكمهم حكم أهل البغى فيما أتلفوه من الأنفس والأموال

(٢) قوله «واذا أسلم فهل يلزمه الخ» إحداهما لا يلزمه وهو المذهب لقوله تعالى ﴿ قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف ﴾ ولأن أبا بكر رضى الله عنه لم يأمر المرتدين حين أسلموا بقضاء ما فاتهم

على قوله «والساحر الذى يركب المكنسة فتسير به فى الهواء ونحوه» كالذى يزعم ان الكواكب تخاطبه وهذا المذهب

على قوله «فأما الذى يسحر بالأدوية والتدخين وسقى شيء يضر فلا يكفر ولا يقتل» وهذا المذهب

فاما الذى يسحر بالادوية والتدخين وسق شيء يضر فلا يكفر ولا يقتل ولكن يعزر ويقتص منه ان فعل ما يوجب القصاص[١]، فاما الذى يعزم على الجن ويزعم انه يجمعها فتطيعه فلا يكفر ولا يقتل، وذكره ابو الخطاب فى السحرة الذين يقتلون[٢]

---

(١) قوله « فلا يكفر الخ » وهذا المذهب ويعزر تعزيراً بليغاً لا يبلغ به القتل على الصحيح

(٢) قوله « وذكره أبو الخطاب الخ » وكذلك القاضى وجزم به فى الهداية والمذهب والخلاصة وغيرهم

[فوائد] حكم الكاهن والعراف كذلك خلافاً ومذهباً قاله فى الفروع وهو ظاهر كلامه فى المغنى والشرح والكاهن الذى له رئى من الجن يأتيه بالأخبار والعراف الذى يحدس ويتخرص وقال فى الترغيب الكاهن والمنجم كالساحر عند أصحابنا وان ابن عقيل فسقه فقط ان قال أصبت بحدسى وفراهتى

(الثانية) لو أوهم قوما بطريقته انه يعلم الغيب فللامام قتله لسعيه بالفساد. قال الشيخ تقى الدين التنجيم كالاستدلال بالأحوال الفلكية على الحوادث الأرضية من السحر قال ويحرم إجماعا

(الثالثة) المشعبذ والقائل بضرب الطير والضارب بحصى وشعير وقدح زاد فى الرعاية والنظر فى ألواح الاكتاف ان لم يكن يعتقد اباحته وانه يعلم به يعزر ويكف عنه وإلا كفر

(الرابعة) يحرم طلسم ورقية بغير عربى ، وقيل يكفر ، وقال فى الرعايتين والحاوى وتحرم الرقى والتعوذ بطلسم وعزيمة واسم كوكب وحرز وما وضع على نجم من صورة أو غيرها

(الخامسة) توقف أحمد فى حل مسحور بسحر وفيه وجهان وأطلقهما فى الفروع قال المصنف فى المغنى توقف أحمد فى الحل وهو الى الجواز أميل، وسأله مهنا عمن تأتيه مسحورة فيطلقه عنها قال لا بأس قال الخلال انما كره فعاله ولا يرى به بأساً كما بينه مهنا وهذا من الضرورة التى تبيح فعلها وقال فى الرعايتين والحاوى ويحرم العطف والربط وكذا الحل بسحر وقيل يكره الحل وقيل يباح بكلام مباح

كتاب الأطعمة

والأصل فيها الحل فيحل كل طعام طاهر لا مضرة فيه من الحبوب والثمار وغيرها فاما النجاسات كالميتة والدم وغيرها وما فيه مضرة من السموم ونحوها فحرمة . والحيوانات مباحة الا الحمر الأهلية[1] وما له ناب يفرس به كالأسد والنمر والذئب والفهد والكلب والخنزير وابن آوى[2]

(السادسة) هذه الأحكام كلها فى الساحر المسلم فأما الساحر الكتابى فلا يقتل على الصحيح من المذهب نص عليه وعليه الأصحاب وعنه يقتل

(السابعة) من اعتقد ان السحر حلال كفر قولا واحداً

(١) قوله « الا الحمر الأهلية » أكثر أهل العلم يرون تحريم الحمر الأهلية قال أحمد رحمه الله تعالى خمسة وعشرون من أصحاب رسول الله ﷺ كرهوها قال ابن عبد البر لا خلاف بين أهل العلم اليوم فى تحريمها وحكى عن ابن عباس وعائشة رضى الله عنهم أنهما كانا يقولان بظاهر قوله تعالى ﴿ قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما ﴾ الآية وتلاها ابن عباس رضى الله عنهما وقال ما خلا هذا حلال وسئلت عائشة رضى الله عنها عن الفأرة فقالت ما هى بحرام وتلت هذه الآية ولم ير عكرمة وأبو وائل بأكل لحم الخنزير بأسا وروى غالب بن الحر قال أصابتنا سنة فقلت يا رسول الله أصابتنا سنة ولم يكن فى مالى ما أطعم أهلى الا سمان حمر وانك حرمت لحوم الحمر الأهلية فقال اطعم أهلك من سمين حمرك فانما حرمتها من أجل جوّال القرية . ولنا ما روى جابر رضى الله عنه ان رسول الله ﷺ نهى يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وأذن فى لحوم الخيل متفق عليه وحديث غالب لا يعرج على مثله مع ما عارضه وألبان الحمر محرمة فى قول أكثر أهل العلم ورخص فيها عطاء وطاوس والزهرى

(٢) قوله « وما له ناب يفرس به الخ » أما الخنزير فهو محرم بالنص لقوله تعالى ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾ الآية وله ناب يفرس به . فأما ما سوى الخنزير مما ذكر فأكثر أهل العلم يرون تحريم كل ذى ناب قوى من السباع يعدو ويكسر الا الضبع منهم مالك والشافعى الا ان الشافعى لا يحرم ابن عرس وأبو ثور وأصحاب الحديث وقال الشعبى وسعيد بن جبير و بعض أصحاب مالك هو مباح لعموم قوله =

والسنور[1] وابن عرس والنمس والقرد الا الضبع[2] وما له مخلب من الطير

ـــ تعالى ﴿قل لا أجد فيما أوحى الى﴾ الآية ولنا ما روى أبو ثعلبة الخشنى رضى الله عنه قال نهى رسول الله ﷺ عن أكل كل ذى ناب من السباع متفق عليه وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال كل ذى ناب من السباع حرام رواه مسلم قال ابن عبد البر هذا حديث صحيح ثابت مجمع على صحته وهو نص صريح يخص عموم الآيات . والقرد محرم كرهه ابن عمر وعطـــاء والحسن قال ابن عبد البر لا أعلم خلافاً بين علماء المسلمين فى أن القرد لا يؤكل ولا يجوز بيعه

(١) قوله « والسنور » لما روى جابر رضى الله عنه أن النبى ﷺ نهى عن أكل الهر رواه أبو داود وابن ماجة والترمذى وقال غريب قال أحمد ليس يشبه السباع قال الشيخ تقى الدين ليس فى كلام أحمد الا الكراهة وجعله أحمد قياساً وانه قد يقال يعمها اللفظ

[تنبيه] شمل قوله فيما له ناب يفرس الدب وهو محرم على الصحيح من المذهب مطلقا وقال ابن رزين فى مختصره للنهاية لا يحرم وقال الامام أحمد رحمه الله تعالى ان لم يكن له ناب فلا بأس . ويشمل كلام المصنف أيضا الفيل وهو كذلك فيحرم على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب ونقل عنه جماعة يكره

(٢) قوله « الا الضبع » يعنى انه مباح وهذا المذهب مطلقـا وعليه جماهير الأصحاب ورويت الرخصة فيه عن سعد وابن عمر وأبى هريرة وعروة بن الزبير وعكرمة واسحاق . وقال مالك وابو حنيفة والثورى هى حرام وروى نحو ذلك عن سعيد بن المسيب لأنها من السباع وقد نهى النبى ﷺ عن أكل كل ذى ناب من السباع وروى عنه ﷺ أنه سئل عن الضبع فقال ومن يأكل الضبع . ولنا ما روى جابر رضى الله عنه قال أمرنا رسول الله ﷺ بأكل الضبع قلت صيد هى قال نعم احتج به أحمد وفى لفظ قال سألت رسول الله ﷺ عن الضبع فقـال هو صيد ويجعل فيه كبش إذا صاده المحرم رواه أبو داود وعن عبد الرحمن بن أبى عمار قال قلت لجابر الضبع أصيد هى قال نعم قلت أقاله رسول الله ﷺ قال نعم رواه النسائى وأبو داود والترمذى وقال حسن صحيح

على قوله « وما له مخلب من الطير يصيد به كالعقاب والبازى والصقر والشاهين والحدأة والبومة » * هذا قول أكثر أهل العلم منهم الشافعى وأبو ثور وأصحاب ـــ

يصيد به كالعقاب والبازى والصقر والشاهين والحدأة والبومة، وما يأكل الجيف كالنسر والرخم واللقلق وغراب البين والابقع[1] ومايستخبث كالقنفذ والفأر والحيات والعقارب والحشرات كلها[2] وما تولد من مأكول وغيره

= الرأى وقال مالك والليث والأوزاعى ويحيى بن سعيد لايحرم من الطير شىء قال مالك لم أر أحداً من أهل العلم يكره سباع الطير واحتجوا بعمومات الآيات المبيحة وقول أبى الدرداء وابن عباس ما سكت الله عنه فهو بما عفى عنه ولنا ما روى ابن عباس رضى الله عنهما قال نهى رسول الله ﷺ عن كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير رواه أبو داود وهذا يخص عموم الآيات

(١) قوله « وما يأكل الجيف الخ » يعنى يحرم وهو الصحيح من المذهب نص عليه لقوله عليه الصلاة والسلام خمس فواسق يقتلن فى الحل والحرم الخبر فذكر منها الغراب وغيره كهو للمشاركة بينهما فى أكلها الجيف ولأنه عليه الصلاة والسلام أباح قتلها فى الحرم ولا يجوز قتل صيد مأكول فى الحرم ونقل عبد الله وغيره يكره وجعل فيه الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى روايتى الجلالة وقال عامة أجوبة الامام احمد رحمه الله تعالى ليس فيها تحريم وقال الخلال الغراب الأسود والأبقع مباحان إذا لم يأكلا الجيف قال وهذا معنى قول أبى عبد الله رحمه الله تعالى

(٢) قوله « وما يستخبث الخ » أى يستخبثه العرب وهذا المذهب فأما القنفذ فهو حرام قاله أبو هريرة رضى الله عنه وكرهه مالك وأبو حنيفة ورخص فيه الشافعى والليث وأبو ثور ولنا ما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال ذكر القنفذ عند رسول الله ﷺ فقال هو خبيثة من الخبائث رواه أبو داود وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى وعند أحمد رحمه الله تعالى وقدماء الأصحاب لا أثر لاستخباث العرب وان لم يحرمه الشرع حل واختاره وقال أول من قال تحرم الخرقى وان مراده ما يأكل الجيف لأنه تبع الشافعى وهو حرمه بهذه العلة فعلى المذهب الاعتبار بما يستخبثه ذو اليسار من العرب مطلقا على الصحيح من المذهب

[فائدة] من المحرم أيضا الوطواط نص عليه وهو الخشاف والخشاف وكذا يحرم الزنبور والنحل على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب

[تنبيه] دخل فى قوله الحشرات الذباب وهو الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب

كالبغل والسمع ولد الضبع من الذئب والعسار ولد الذئبة من الذيخ[1] وفى الثعلب والوبر وسنور البر واليربوع روايتان[2]. وما عدا هذا مباح كبهيمة الأنعام والخيل[3] والدجاج والوحشى من البقر والظباء والحمر والزرافة

---

(١) قوله « وما تولد من مأكول وغيره الخ » وهذا بلا نزاع

(٢) قوله « وفى الثعلب الخ » أما الثعلب فالصحيح من المذهب انه حرام ونقل عبد الله لا أعلم أحداً رخص فيه وهذا قول أبى هريرة ومالك وأبى حنيفة لأنه سبع فيدخل فى عموم النهى والثانية مباح قال ابن عقيل فى التذكرة مباح واختارها الشريف أبو جعفر والخرقى ورخص فيه عطاء وقتادة والليث وطاوس وسفيان ابن عيينة والشافعى لأنه يفدى فى الحرم والاحرام وأما سنور البر فالصحيح من المذهب انه يحرم والخلاف فيه كالخلاف فى الثعلب وللشافعى فى سنور البر وجهان . وأما الوبر فالصحيح من المذهب انه مباح وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد وعمرو بن دينار والشافعى وابن المنذر وابو يوسف وقال القاضى حرام وهو قول أبى حنيفة وأصحابه إلا أبا يوسف ولنا انه يفدى فى الاحرام والحرم وهو كالأرنب يأكل النبات والبقول وليس له ناب يفرس به ولا هو من المستخبثات فكان مباحا وأما اليربوع فهو مباح على الصحيح من المذهب وهو قول عروة وعطاء الخراسانى والشافعى وأبى ثور وابن المنذر وعنه محرم روى ذلك عن ابن سيرين والحكم وحماد وأصحاب الرأى لأنه يشبه الفأر ولنا أن عمر رضى الله عنه حكم فيه بجفرة والأصل الاباحة ما لم يرد التحريم

[فائدة] فى هدهد وصرد روايتان إحداهما يحرمان قال الناظم هذه الرواية أولى وجزم به فى المنور وفى المنتخب فى الأول والثانية لا يحرم اختاره ابن عبدوس وفى الخطاف وجهان الأصح التحريم

(٣) قوله « والخيل » أى مباحة كلها عرابها وبراذينها وهو الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وبه قال ابن سيرين وروى ذلك عن ابن الزبير والحسن وعطاء والأسود بن يزيد وبه قال حماد بن زيد والليث وابن المبارك والشافعى وأبو ثور وحرمها أبو حنيفة وكرهها مالك والأوزاعى وأبو عبيد لقوله تعالى ﴿ والخيل والبغال والحمير لتركبوها ﴾ وعن خالد قال قال رسول الله ﷺ حرام عليكم الحمر الأهلية وخيلها وبغالها ولنا حديث جابر رضى الله عنه نهى رسول الله =

والنعامة والأرنب وسائر الوحش والضبع والضب والزاغ وغراب الزرع وسائر الطير وجميع حيوان البحر(١) ، الا الضفدع(٢) والحية والتمساح(٣) ، وقال ابن حامد والا الكوسج وقال ابو على النجاد لا يباح من البحرى مايحرم نظيره فى البر كخنزير الماء وانسانه وتحرم الجلالة التى أكثر علفها النجاسة(٤)

= ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وأذن فى لحوم الخيل متفق عليه وقالت أسماء نحرنا فرسا على عهد رسول الله ﷺ فأكلناه ونحن بالمدينة متفق عليه وأما الآية فانهم انما يتعلقون بدليل خطابها وهم لا يقولون به وحديث خالد ليس إسناده جيداً قاله أحمد رحمه الله تعالى قال وفيه رجلان لا يعرفان والدجاج مباح لقول أبى موسى رضى الله عنه رأيت رسول الله ﷺ يأكل الدجاج متفق عليه

(١) قوله « وجميع حيوان البحر » مباح أى لقوله تعالى ﴿ أحل لكم صيد البحر وطعامه ﴾

(٢) قوله « إلا الضفدع » قال فى الانصاف أما الضفدع فحرمة بلا خلاف أعلمه ونص عليه أحمد انتهى. قلت وذكر فى الشرح عن الشعبى انه قال لو أكل أهلى الضفادع لأطعمتهم . ووجه التحريم انه ﷺ نهى عن قتل الضفدع رواه النسائى ، فيدل على تحريمه

(٣) قوله « والتمساح » هذا الصحيح من المذهب لأنه يأكل الناس وعنه يباح وما عدا هذه الثلاثة فباح على الصحيح من المذهب

(٤) قوله « وتحرم الجلالة الخ » هـــذا المذهب وعليه الأصحاب وهو من مفردات المذهب قال احمد أكره لحوم الجلالة وألبانها قال القاضى هى التى تأكل العذرة فاذا كان أكثر علفها النجاسة حرم لحمها ولبنها وفى بيضها روايتان وان كان أكثر علفها الطاهر لم يحرم أكلها ولا لبنها قال المصنف وهذا التحديد لم نسمعه عن احمد ولا هو ظاهر كلامه لكن يمكن تحديده بأن يكون كثيراً فى مأكولها ويعفى عن اليسير وقال الليث انما كانوا يكرهون الجلالة التى لا طعام لها إلا الرجيع وما أشبهه وقال ابن أبى موسى فى الجلالة روايتان احداهما هى محرمة والثانية مكروهة غير محرمة وهذا قول الشافعى وكره أبو حنيفة لحومها والعمل عليها حتى تحبس ورخص الحسن فى لحومها وألبانها ولنا ماروى ابن عمر رضى الله عنهما قال نهى النبى ﷺ عن أكل الجلالة وألبانها رواه أحمد وابوداود والترمذى وقال حسن غريب وفى =

ولبنها[1] وبيضها حتى تحبس وعنه تكره ولا تحرم وتحبس ثلاثا[2] وعنه يحبس الطائر ثلاثا والشاة سبعا وماعدا ذلك أربعين يوما[3] وما سقى بالماء النجس من الزرع والثمر محرم فان سقى بالطاهر طهر وحل[4] وقال ابن عقيل ليس بنجس ولا محرم بل يطهر بالاستحالة كالدم يصير لبنا

فصل

ومن اضطر الى محرم مـــــــــــــــــا ذكرنا (٥)

= رواية لأبي داود نهى عن ركوب الجلالةوفى أخرى له نهى عن ركوب جلالة الابل وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ نهى عن لحوم الحمر الأهلية وعن ركوب الجلالة وأكل لحمها رواه أحمد وأبو داود والنسائى

(١) قوله « ولبنها » وذلك لما روى ابن عباس رضى الله عنهما قال نهى النبي ﷺ عن شرب لبن الجلالة رواه احمد وأبو داود والترمذى وصححه وإسناده ثقات

(٢) قوله « وتحبس ثلاثا » يعنى تطعم الطاهر وتمنع من النجاسة وهذا المذهب نص عليه لأن ابن عمر اذا أراد أكلها حبسها ثلاثا وأطعمها الطاهرات وهذا قول أبي ثور

(٣) قوله « وعنه يحبس الخ » وذلك لما روى عبد الله بن عمرو رضى الله عنهما قال « نهى رسول الله ﷺ عن الابل الجلالة أن يؤكل لحمها ولا يشرب لبنها ولا يحمل عليها الا الادم ولا يركبها الناس حتى تعلف أربعين ليلة » رواه الخلال

(٤) قوله « وما سقى بالماء النجس الخ » وهذا المذهب نص عليه ، وقال ابن عقيل يكره ولا يحرم وجزم به فى التبصرة وهذا قول أكثر الفقهاء منهم ابوحنيفة والشافعى وكان سعد بن أبي وقاص رضى الله عنه يدمل أرضه بالعرّة ويقول مكتل عرّة مكتل بر والعرّة عذرة الناس . ولنا ما روى ابن عباس رضى الله عنهما قال كنا نكرى أراضى رسول الله ﷺ ونشترط عليهم أن لا يدملوها بعذرة الناس ولولا ان ما يزرع فيها يحرم لم يكن فى الاشتراط فائدة فعلى هذا تطهر اذا سقيت الطاهرات كالجلالة اذا حبست وأطعمت الطاهرات

(٥) قوله « ومن اضطر الخ » أجمع العلماء على تحريم الخنزير والميتة حالة =

حل له منة ما يسد رمقه[1] وهل له الشبع ؟ على روايتين[2] . فان وجد طعاما لا يعرف مالكه وميتة أو صيدا وهو محرم فقال أصحابنا يأكل الميتة ويحتمل أن يحل له الطعام والصيد اذا لم تقبل نفسه الميتة وإن لم يجد الا طعاما لم يبذله مالكه فان كان صاحبه مضطراً اليه فهو أحق به وإلا لزمه بذله بقيمته فان أبى فللمضطر أخذه قهرا ويعطيه قيمته فان منعه فله قتاله على ما يسد رمقه أو قدر

= الاختيار وعلى اباحة الأكل منهما حالة الاضطرار والأصل فى ذلك قوله تعالى ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ﴾ الآية وقوله ﴿ فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ﴾ ويباح له ما يسد رمقه ويأمن معه الموت بالإجماع ويحرم ما زاد على الشبع بالإجماع

[فائدة] الاضطرار هنا أن يخاف التلف فقط على الصحيح من المذهب نقل حنبل اذا علم ان النفس تكاد تتلف وقيل أو خاف ضرراً وقال فى المنتخب أو مرضا أو انقطاعا عن الرفقة قال فى الفروع ومراده ينقطع فيهلك

(١) قوله « حل له منه ما يسد رمقه » يعنى ويجب عليه أكل ذلك على الصحيح من المذهب نص عليه وذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى وفاقاً

(٢) قوله « وهل له الشبع الخ » احداهما ليس له ذلك ولا يحل له إلا ما يسد رمقه وهو المذهب وعليه أكثر الاصحاب وهو قول أبى حنيفة واحدى الروايتين عن مالك وأحد القولين عن الشافعى وقال الحسن يأكل قدر ما يقيمه لأن الآية دلت على تحريم الميتة واستثنى ما اضطر اليه فاذا اندفعت الضرورة لم يحل له الأكل والثانية له الأكل حتى يشبع لما روى جابر بن سمرة ان رجلا نزل الحرة فنفقت عنده ناقة فقالت له امرأته أسلخها حتى نقد شحمها ولحمها ونأكله فقال حتى أسأل رسول الله ﷺ فسأله فقال هل عندك غناء يغنيك قال لا قال فكلوها رواه ابو داود وقيل له الشبع ان دام خوفه وهو قوى وفرق المصنف وتبعه جماعة بين ما اذا كانت الضرورة مستمرة فيجوز له الشبع وبين ما اذا لم تكن مستمرة فلايجوز

[فوائد] هل له ان يتزود منه مبنى على الروايتين فى جواز شبعه قاله فى الترغيب وجوز جماعة التزود منه مطلقا قال فى الانصاف وهو الصواب وهو قول مالك لأنه لا ضرر فى استصحابها ولا فى اعدادها لدفع ضرورته

شبعه على اختلاف الروايتين[١] فان قتل صاحب الطعام لم يجب ضمانه[٢] وان قتـل المضطر فعليـه ضمانه[٣] فان لم يجد الا آدميا مباح الدم كالحربى والزانى المحصن حل قتله وأكله[٤] وإن وجد معصوما ميتا ففى جواز أكله وجهان[٥]

(الثانية) يجب تقديم السؤال على أكل المحرم على الصحيح من المذهب نص عليه وذكر الشيخ تقى الدين انه لا يجب ولا يأثم وانه ظاهر المذهب

(الثالثة) ليس للمضطر فى سفر المعصيـــة الأكل من الميتة كقاطع الطريق والآبق على الصحيح من المذهب وقال صاحب التلخيص له ذلك وهو ظاهر كلام المصنف وجماعة

(الرابعة) حكم المحرمات حكم الميتة فيما تقدم

(١) قوله « فان منعه فله قتاله » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب

(٢) قوله « فان قتل صاحب الطعام الخ » أى لأنه ظالم بقتاله أشبه الصائل

(٣) قوله « وان قتل المضطر الخ » أى لأنه قتله ظلما

(٤) قوله « فان لم يجد إلا آدمياً مباح الدم الخ » هذا المذهب لأنه لا حرمة له وقال فى الترغيب يحرم أكله قال فى الانصاف وما هو ببعيد

(٥) قوله « فان وجد معصوماً الخ » أحدهما لا يجوز وعليه جمهور الأصحاب والوجه الثـــانى يباح وهو المذهب على المصطلح صححه فى التصحيح واختـاره أبو الخطاب فى الهداية والمصنف والشارح وجزم به فى الوجيز وغيره وهو قول الشافعى وبعض الحنفية لأن حرمة الحى أعظم

[فائدة] يحرم عليه أكل عضو من أعضائه على الصحيح من المذهب

[فائدة] من اضطر الى نفع مال الغير مع بقـاء عينه لدفع حر أو برد أو استقاء ماء وجب بذله مجانا على الصحيح من المذهب

[فائدة] الترياق محرم وهو دواء يعالج به من السم يجعل فيه لحوم الحيـات ويعجن بالخمر لأن الخمر ولحوم الحيات حرام وممن كرهه الحسن وابن سيرين ورخص فيه الشعبى ومالك ويقتضيه مذهب الشافعى لاباحته التداوى ببعض المحرمات ولا يجوز التداوى بشىء محرم ولا ما فيه شىء محرم

فصل

ومن مر بثمر فى شجره لاحائط عليه ولا ناظر فله أن يأكل منه ولا يحمل(١) وعنه لا يحل ذلك إلا لحاجة (٢) وفى الزرع وشرب لبن الماشية روايتان(٣) ويجب على المسلم ضيافة المسلم المجتاز به يوما وليلة فان أبى فللضيف طلبه به عند الحاكم ، وتستحب ضيافته ثلاثا فما زاد فهو صدقة ، ولا يجب عليه انزاله فى بيته الا ان لا يجد مسجدا أو رباطا يبيت فيه

---

(١) قوله « ومن مر بثمر الخ » هذا المذهب مطلقا لما روى أبو سعيد رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال « إذا أتيت حائط بستان فناد صاحب البستان فان أجابك والا فكل من غير أن تفسد » رواه أحمد وابن ماجه ورجاله ثقات ، وروى سعيد بإسناده عن الحسن عن سمرة مرفوعا نحوه وفعله أنس وعبد الرحمن بن سمرة وأبو برزة وهو قول عمر وابن عباس وهو من مفردات المذهب . وظاهره انه إذا كان محوطا بحائط أو ناطور فلا يأكل منه وكذا ان كان مجموعا إلا لمضطر . ولا يحمل شيئا سواء كان محتاجا أو لا

(٢) قوله « وعنه لا يحل له الخ » وهو قول أكثر الفقهاء لقوله ﷺ « ان دماءكم وأموالكم » الخبر دل على حرمة الأكل من مال الغير مطلقاً ترك العمل به مع الحاجة لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا انه سئل عن الثمر المعلق فقال « ما أصاب منه من ذى الحاجة غير متخذ خبنة فلا شىء عليه ومن أخرج منه شيئاً فعليه غرامة مثله والعقوبة» رواه الترمذى وحسنه وروى العرباض بن سارية رضى الله عنه مرفوعا قال « الاوان الله لم يحل لكم أن تدخلوا بيوت أهل الكتاب إلا بإذن ولاضرب نسائهم ولا أكل ثمارهم إذا أعطوكم الذى عليهم » رواه أبو داود

[فائدتان] ليس له أن يرمى الشجر بشىء ولا يضربه ولا يحمل نص عليه

(الثانية) حيث جوزنا الأكل فانه لا يضمن ما أكله على الصحيح من المذهب وعنه يضمن وحيث جوزنا الأكل فالأولى تركه إلا بإذن

(٣) قوله « وفى الزرع الخ » يعنى إذا أبحنا الأكل من الثمار أحدهما له ذلك كالثمرة وهو المذهب فيأكل من الفريك لأن العادة جارية بأكله رطبا أشبه الثمر وكذا =

باب الذكاة

لا يباح شيء من الحيوانات المقدور عليه بغير ذكاة(١) الا الجراد وشبهه(٢) والسمك وسائر مالا يعيش الا فى الماء فلا ذكاة له وعنه فى السرطان وسائر

=الحكم فى الباقلاء والحمص وشبهه مما يؤكل رطبا. وأما اللبن فلما روى الحسن عن سمرة مرفوعا قال «إذا أتى أحدكم على ماشية فان كان فيها صاحبها فليستأذن وان لم يجبه أحد فليحتلب وليشرب ولا يحمل» رواه الترمذى وصححه وقال العمل عليه عند بعض أهل العلم، والثانية لا يجوز لما روى ابن عمر رضى الله عنهما ان النبى ﷺ قال «لا يحتلبن أحد ماشية أحد إلا بإذنه» متفق عليه

(١) قوله «لا يباح شيء الخ» ان كان مما لا يعيش إلا فى البر كالصيد والأنعام فلا يباح إلا بالذكاة بغير خلاف لقوله تعالى ﴿حرمت عليكم الميتة ـ الى قوله ـ الا ما ذكيتم﴾ الا ما استثنى. وان كان مأواه البحر ويعيش فى البر ككلب الماء وطيره والسلحفاة ونحو ذلك فهذا أيضا لا يباح المقدور عليه إلا بالتذكية وهذا المذهب مطلقا الا ما استثنى قال الزركشى هذا احدى الروايتين واختيار عامة الأصحاب، والرواية الثانية ـ وعن بعض الأصحاب انه صححها ـ تحل ميتة كل بحرى. انتهى

على قوله «إلا الجراد» لقوله ﷺ «أحل لنا ميتتان الجراد والحوت» رواه أحمد وابن ماجه

(٢) قوله «الا الجراد وشبهه الخ» أما السمك وشبهه مما لا يعيش إلا فى الماء فانه يباح بغير ذكاة لا نعلم فى هذا خلافا لقوله ﷺ فى البحر «هو الطهور ماؤه الحل ميتته» وقد صح ان أبا عبيدة وأصحابه وجدوا على ساحل البحر دابة يقال لها العنبر فأكلوا منها شهراً حتى سمنوا وادهنوا فلما قدموا على رسول الله ﷺ أخبروه فقال «هو رزق أخرجه الله لكم فهل معكم من لحمه شيء تطعمونا» متفق عليه ولا فرق فى ذلك بين ما مات بسبب أو بغير سبب لما ذكرنا من الحديثين، وقد أجمع أهل العلم على إباحة ما مات بسبب مثل ان صاده انسان أو نبذه البحر أو جزر عنه وكذلك ما حبس فى الماء بحظيرة حتى يموت فانه يحل قال، أحمد رحمه الله تعالى فى الطافى يؤكل وما جزر عنه الماء أجود والسمك الذى نبذه البحر لم يختلف فيه وانما اختلفوا فى الطافى وليس به بأس وممن أباح الطافى من السمك أبو بكر وأبو أيوب=

البحرى انه يحل بلا ذكاة وعنه فى الجراد لا يؤكل الا ان يموت بسبب ككبسه وتغريقه . ويشترط للذكاة شروط أربعة (أحدها) أهلية الذابح وهو ان يكون عاقلا مسلما او كتابيا فتباح ذبيحته ذكرا كان أو أنثى وعنه لاتباح ذبيحة نصارى بنى تغلب ولا من أحد أبويه غير كتابى[1] ولا تبـــاح ذكاة

= رضى الله عنهما وبه قال مالك والشافعى وروى ذلك عن عطاء ومكحول والثورى والنخعى وكره الطافى جابر وطاوس وابن سيرين وجابر بن زيد وأصحاب الرأى لما روى جابر رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « ما القى البحر أو جزر عنـــه فـكلوه وما مات فيه وطفى فلا تأكلوه » رواه أبو داود ولنا قول الله تعالى ﴿ أحل لـكم صيد البحر وطعامه ﴾ الآية قال ابن عباس رضى الله عنهما طعامه ما مات فيه وما تقدم من الحديثين وحديث جابر موقوف عليه قال أبو داود رواه الثقات فأوقفوه على جابر وقد أسند من وجه ضعيف

على قوله « أو كتابيا » ولو كان الـكتابى حربياً وهذا المذهب فى الجملة وأجمع أهل العلم على اباحـــة ذبائح أهل الـكتاب لقوله تعالى ﴿ وطعام الذين أوتوا الـكتاب حل لـكم ﴾ يعنى ذبائحهم قال البخارى قال ابن عباس رضى الله عنهما طعامهم ذبائحهم وكذلك قال مجاهد وقتادة ، وروى سعيد بإسناد جيـد عن ابن مسعود رضى الله عنه قال لا تأكلوا من الذبائح الا ما ذبح المسلمون وأهل الـكتاب والعدل والفاسق سواء . وأما من أحد أبويه غير كتابى فظاهر كلام المصنف أنه قدم اباحته وهو احدى الروايتين قال ابن منجا فى شرحه هذا المذهب واختاره الشيخ تقى الدين وابن القيم والصحيح من المذهب ان ذبيحته لا تحل

(١) قوله « ولا من أحد أبويه غير كتابى » هذا المذهب قال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى والقول بأن أهل الـكتاب المذكورين فى القرآن هم من كان أبوه أو أجداده دخل فى ذلك الدين قبل النسخ والتبديل قول ضعيف بل المقطوع به بأن كون الرجل كتابياً أو غير كتابى هو حكم يستفيده بنفسه لا بنسبه فـكل من تدين بدين أهل الـكتاب فهو منهم سواء كان أبوه أو جده قد دخل فى دينهم أو لم يدخل وسواء كان دخوله بعد النسخ والتبديل أو قبل ذلك وهو المنصوص الصريح عن أحمد وان كان بين أصحابه خلاف معروف وهو الثابت بين الصحابة بلا نزاع بينهم وذكر الطحاوى أن هذا اجماع قديم . والمأخذ الصحيح المنصوص عن أحمد =

مجنون(١) ولا سكران(٢) ولا طفل غير مميز(٣) ولا وثنى ولا مجوسى(٤) ولا مرتد(٥)

=فى ذبائح بنى تغلب انهم لم يتدينوا بدين أهل الكتاب فى واجباتهم ومحظوراتهم بل أخذوا منهم حل المحرمات فقط ولهذا قال على انهم لم يتمسكوا من دين أهل الكتاب الا بشرب الخمر . انتهى

(١) قوله « ولا تباح ذكاة مجنون » هذا بلا نزاع لعدم القصد

(٢) قوله « ولا سكران » هذا الصحيح من المذهب ان ذبيحته تباح ، وعنه لا تباح وبه قال مالك فى المجنون والسكران

(٣) قوله « ولا طفل غير مميز » هذا الصحيح من المذهب وبه قال مالك وقال الشافعى لا يعتبر العقل والأول أولى لأن الذكاة يعتبر لها العقل كالعبادة ومن لا عقل له لا يصح منه القصد وأما المميز فالصحيح من المذهب اباحة ذبيحته

(٤) قوله « ولا مجوسى » هذا قول أكثر أهل العلم وشذ أبو ثور فأباح صيده وذبيحته لقوله ﷺ سنوا بهم سنة أهل الكتاب وهذا قول يخالف الاجماع فلا عبرة به قال ابراهيم الحربى خرق أبو ثور الاجماع قال أحمد ههنا قوم لا يرون بذبائح المجوس بأساً ما أعجب هذا يعرض بأبى ثور وقد روى الامام أحمد باسناده عن قيس بن سكن الأسدى قال قال رسول الله ﷺ « انكم نزلتم بفارس من النبط فاذا اشتريتم لحما فان كان من يهودى أو نصرانى فكلوا وان كان من ذبيحة مجوسى فلا تأكلوا

[فائدة] سائر الكفار من عبدة الأوثان والزنادقة وغيرهم حكمهم حكم المجوس فى تحريم ذبائحهم قياسا عليهم بل هم شر منهم لأن المجوس لهم شبهة كتاب بخلاف هؤلاء قال أحمد طعام المجوس ليس به بأس ان يؤكل انما كره ذبائحهم أو شىء فيه دسم من اللحم ولم ير بالسمن والجبن بأساً . وعن الشعبى قال كل مع المجوسى وان زمزم وروى أحمد ان سعيد بن جبير كان يأكل من كوامخ المجوس فأعجبه ذلك وعن الحسن انه لا يرى بطعام المجوس بأسا

(٥) قوله « ولا مرتد » هذا المذهب وان كانت ردته الى دين أهل الكتاب وهذا قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى وقال اسحاق ان تدين بدين أهل الكتاب =

فصل

(الثانى) الآلة وهو ان يذبح بمحدد[1] سواء كان من حديد او حجر أو قصب أو غيره إلا السن والظفر لقول النبى ﷺ « ما أنهر الدم فكل الا السن والظفر » فإن ذبح بآلة مغصوبة حل فى أصح الوجهين

فصل

(الثالث) ان يقطع الحلقوم والمرىء[2]، وعنه يشترط مع ذلك قطع

=حلت ذبيحته ويحكى عن الأوزاعى لأن علياً قال من تولى قوما فهو منهم ولنا أنه كافر لا يقر على دينه فلم تحل ذبيحته كالوثنى ولأنه لا تثبت له أحكام أهل الكتاب إذا تدين بدينهم فانه لا يقر بالجزية ولا يسترق ولا يحل نكاح المرتدة وأما قول على فهو منهم فلم يرد فى جميع الأحكام بدليل ما ذكرنا ولأنه لم يكن يرى حل ذبائح بنى تغلب ولا نكاح نسائهم مع توليهم للنصارى ودخولهم فى دينهم ومع اقرارهم على ما صولحوا عليه فلأن لا يعتقد ذلك فى المرتدين أولى

(١) قوله « الثانى الآلة الخ » الآلة لها شرطان أحدهما أن تكون محددة تقطع أو تخرق بحدها لا بثقلها والثانى ان لا يكون سنا ولا ظفراً فاذا اجتمع هذان الشرطان فى شىء حل الذبح به لقوله ﷺ « ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوه ليس السن والظفر » متفق عليه وعن عدى بن حاتم قال قلت يارسول الله ان أحدنا صاد صيداً وليس معه سكين أيذبح بالمروة وشقة العصا فقال أبرز الدم بما شئت واذكر اسم الله عليه وعن رجل من بنى حارثة أنه كان يرعى لقحة فأخذها الموت فلم يجد شيئا ينحرها به فوجد وتدأ فوجأ به فى لبتها حتى اهريق دمها ثم جاء الى النبى ﷺ فأمره بأكلها رواهما ابو داود ولأن جارية كعب بن مالك أبصرت بشاة من غنمه موتا فكسرت حجراً فذبحتها به فأمر رسول الله ﷺ بأكلها رواه البخارى وبهذا قال الشافعى وأبو ثور ونحوه قول مالك وعمرو بن دينار

[تنبيه] ظاهر قوله إلا السن أنه يباح بالعظم وهو احدى الروايتين والمذهب منهما وهو مقتضى قول الشافعى وهو قول مالك وعمرو بن دينار وأصحاب الرأى قلت قد صرح النووى فى شرح مسلم بأن مذهب الشافعى وأصحابه منع التذكية بالعظم مطلقا قال وبه قال النخعى والحسن بن صالح والليث وداود وفقهاء الحديث

(٢) قوله « الثالث أن يقطع الحلقوم والمرىء » هذا المذهب وبه قال الشافعى=

الودجين ، وان نحره اجزأه[1] وهو ان يطعنه بمحدد في لبته ، والمستحب ان ينحر البعير ويذبح ما سواه فان عجز عن ذلك مثل ان يند البعير أو يتردى في بئر فلا يقدر على ذبحه صار كالصيد اذا جرحه في أي موضع أمكنه فقتله حل أكله الا أن يموت بغيره مثل ان يكون رأسه في الماء فلا يباح[2]

= وعن أحمد انه يشترط مع ذلك قطع الودجين اختاره ابو بكر وابن البنا وجزم به في الروضة واختاره أبو محمد الجوزي وبه قال مالك وأبو يوسف لما روى ابو هريرة رضي الله عنه قال نهى النبي ﷺ عن شريطة الشيطان وهي التي تذبح فيقطع الجلد ولا تفرى الأوداج رواه أبو داود وروى سعيد في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال اذا اهريق الدم وقطع الودج فكل اسناده حسن وهما عرقان محيطان بالحلقوم ووجه الأول أنه قطع في محل الذبح لا تبقى الحياة معه أشبه ما لو قطع الأربعة

[تنبيه] محل الذبح الحلق واللبة وهي الوهدة التي بين أصل العنق والصدر ولا يجوز في غير ذلك اجماعا قال عمر النحر في اللبة والحلق احتج به أحمد وروى سعيد والأثرم عن أبي هريرة قال بعث النبي ﷺ بديل بن ورقاء يصيح في فجاج منى : ألا إن الذكاة في الحلق واللبة رواه الدارقطني بإسناد جيد

(١) قوله « وان نحره أجزأ » هذا بلا نزاع وهو قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والزهري وقتادة ومالك والليث وأبو حنيفة والشافعي واسحاق وأبو ثور وحكى عن داود أن الابل لا تباح الا بالنحر ولا يباح غيرها الا بالذبح ولنا قوله ﷺ « امرر الدم بما شئت » وقالت أسماء نحرنا فرساً على عهد رسول الله ﷺ فأكلناه ونحن بالمدينة متفق عليه ، وعن عائشة قالت : نحر رسول الله ﷺ في حجة الوداع بقرة واحدة

(٢) قوله « وان عجز عن ذلك ـ الى قوله ـ مثل أن يكون رأسه في الماء فلا يباح » هذا المذهب مطلقاً وهو قول أكثر الفقهاء وروى ذلك عن علي وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم وبه قال مسروق والأسود وعطاء وطاوس واسحاق والشعبي والحكم وحماد والثوري وأبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وقال مالك لايجوز أكله الاان يذكى وهوقول ربيعة والليث ولنا ما روى =

وإن ذبحها من قفاها وهو مخطىء فأتت السكين على موضع ذبحها وهى فى الحيوة أكلت[١] وإن فعله عمدا فعلى وجهين[٢]. وكل ما وجد فيه سبب الموت كالمنخنقة والمتردية والنطيحة وأكيلة السبع اذا أدرك ذكاتها وفيها حياة مستقرة اكثر من حركة المذبوح حلت[٣] وإن صارت حركتها كحركة المذبوح لم تحل[٤]

= رافع بن خديج رضى الله عنه قال كنا مع النبي ﷺ فند بعير وكان فى القوم خيل يسيرة فطلبوه فأعياهم فأهوى اليه رجل بسهم فحبسه لهم فقال النبي ﷺ « ان لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش فما غلبكم منها فاصنعوا به هكذا » متفق عليه وحرب ثور فى بعض دور الأنصار فضربه رجل بالسيف وذكر اسم الله عليه فسئل عنه على فقال ذكاه وحبسه فأمر بأكله . وتردى بعير فى بئر فذكى من قبل شاكلته فبيع بعشرين درهما فأخذ ابن عمر رضى الله عنهما عشرة بدرهمين

(١) قوله « وان ذبحها من قفاها الخ » يعنى الحياة المستقرة وهذا المذهب لأنها ماتت بالذبح وعنه يحرم مع حياة مستقرة

(٢) قوله « وان فعله عمداً الخ » وهما روايتان احداهما تباح إذا أتت السكين على الحلقوم والمرىء بشرط أن يبقى فيها حياة مستقرة قبل قطعهما وهو المذهب اختاره القاضى والشيرازى وغيرهما وصححه فى المغنى والشرح وهذا مذهب الشافعى لأن الذبح اذا أتى على ما فيه حياة مستقرة أحله كأكيلة السبع والنطيحة والمتردية ، والثانية لا تباح وهو ظاهر كلامه فى الوجيز وصححه فى الرعايتين والنظم وقدمه الزركشى وقال هو منصوص أحمد وحكى هذا عن على وسعيد بن المسيب ومالك واسحاق وعن أحمد ما يدل على اباحتها مطلقا فلو ضرب عنقا بالسيف فأطار رأسها حلت بذلك وروى ذلك عن على وأفتى بأكلها عمران بن حصين رضى الله عنهما وبه قال الشعبى وأبو حنيفة والثورى لأنه اجتمع قطع ما لا تبقى الحياة معه مع الذبح فأبيح

(٣) قوله « وكل ما وجد فيه الخ » لقوله تعالى ﴿ إلا ما ذكيتم ﴾ ولحديث جارية كعب ولما روى سعيد بإسناده عن أبى طلحة الأسدى قال أتيت ابن عباس رضى الله عنهما فسمعته يقول فى شاة وقع قصبها أى الأمعاء فى الأرض فأدركتها فذبحتها بحجر يلقى ما أصاب ويؤكل سائرها وسواء انتهت الى حال يعلم أنها لا تعيش معه أو تعيش قاله فى الشرح

(٤) قوله « وان صارت الخ » هكذا قال فى الرعاية الكبرى وغيرها وعنه يحل =

فصل

(الرابع) ان يذكر اسم الله عند الذبح (١) وهو ان يقول بسم الله لا يقوم غيرها مقامها (٢) الا الأخرس فانه يومىء الى السماء (٣) فان ترك التسمية عمدا لم تبح وان تركها ساهيا أبيحت (٤) وعنه تباح فى الحالين وعنه لا تباح فيهما

= إذا ذكى قبل موته اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى : متى ذبح فخرج منه الدم الأحمر الذى يخرج من المذكى المذبوح فى العادة ليس هو دم الميت فانه يحل أكله وان لم يتحرك

(١) قوله «الرابع ان يذكر اسم الله عند الذبح» اعلم ان الصحيح من المذهب ان ذكر الله يكون عند حركة يده وقال جماعة من الأصحاب يكون عند الذبح أو قبله قريبا فصل بكلام أو لا واختاروه

(٢) قوله « وهو ان يقول بسم الله الخ » هذا المذهب نص عليه لأن اطلاق التسمية ينصرف اليها وقد ثبت ان رسول الله ﷺ كان إذا ذبح قال بسم الله والله أكبر وقيل يكفى تكبير الله تعالى ونحوه كالتسبيح والتحميد . وان ذكر اسم الله بغير العربية أجزأه وإن أحسن العربية وهذا المذهب لأن المقصود ذكر اسم الله تعالى وهو يحصل بجميع اللغات

(٣) قوله « إلا الأخرس الخ » تباح ذبيحة الأخرس إجماعا قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إباحة ذبيحة الأخرس ، وقال الأصحاب يشير عند الذبح إلى السماء ونحوه قال الشعبي وهو من مفردات المذهب لأن إشارته تقوم مقام نطق الناطق

(٤) قوله « فان ترك التسمية الخ » هذا المذهب فيهما روى ذلك عن ابن عباس رضى الله عنهما وبه قال أبو حنيفة والثورى ومالك واسحاق وممن أباح ما نسيت التسمية عليه عطاء وطاوس وسعيد بن المسيب وعبد الرحمن بن أبى ليلى وجعفر ابن محمد وربيعة وعن أحمد انها مستحبة وليست شرطا فى عمد ولا سهو وبه قال الشافعى واختاره أبو بكر لما روى انه رخص أصحاب رسول الله ﷺ فى أكل مالم يذكر اسم الله عليه وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال جاء رجل الى النبى ﷺ فقال يارسول الله أرأيت الرجل يذبح وينسى أن يسمى فقال اسم الله على كل مسلم =

وتحصل ذكاة الجنين بذكاة أمه اذا خرج ميتا او متحركا كحركة المذبوح(١) وان

= رواه ابن عدي والدارقطني ولأن التسمية لو اشترطت لما حلت الذبيحة مع الشك في وجودها لأن الشك في الشرط شك في المشروط والذبيحة مع الشك في وجود التسمية حلال بدليل حل ذبيحة أهل الكتاب مع ان الأصل عدم إتيانهم بها بل الظاهر انهم لا يسمون ووجه الأول ما روى الأحوص بن حكيم عن راشد بن سعد أن النبي ﷺ قال « ذبيحة المسلم حلال وان لم يسم ما لم يتعمد » رواه سعيد لكن الأحوص ضعيف وعن ابن عباس رضى الله عنهما فيمن نسي التسمية قال المسلم فيه اسم الله تعالى وان لم يذكر التسمية رواه سعيد بإسناد جيد وعن القاسم ابن محمد قال قال عمر رضى الله عنه : لا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه رواه سعيد والآية محمولة على تركها عمداً لقوله تعالى ﴿ وانه لفسق ﴾ والأكل مما نسيت عليه التسمية ليس بفسق لقوله ﷺ « عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان » الخ قال أحمد رحمه الله تعالى فى قوله تعالى ﴿ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق ﴾ يعنى الميتة إذا ثبت هذا فالتسمية مع العمد شرط سواء كان الذابح مسلما أو كتابيا فان ترك الكتابى التسمية عمدا وذكر اسم غير الله لم تبح ذبيحته روى ذلك عن على رضى الله عنه وبه قال النخعي والشافعي وحماد واسحاق وأصحاب الرأى وقال عطاء ومكحول إذا ذبح الكتابى باسم المسيح حل لأن الله تعالى أحل لنا ذبيحتهم وقد علم انهم يقولون ذلك ولنا قول الله تعالى ﴿ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ﴾ وقوله ﴿ وما أهل لغير الله به ﴾ والآية أريد بها ما ذبحوه بشرطه كالمسلم وان لم يعلم أسمى الذابح أم لا أو ذكر اسم غير الله أم لا فذبيحته حلال لأن الله تعالى أباح لنا كل ما ذبحه المسلم والكتابى وقد علم اننا لا نقف على كل ذابح ، وقد روى عن عائشة رضى الله عنها أنهم قالوا يا رسول الله ان قوماً هم حديثو عهد بشرك يأتوننا بلحم لاندرى أذكروا اسم الله أم لم يذكروه قال « سموا أنتم وكلوا » أخرجه البخارى

(١) قوله « وذكاة الجنين الخ » ما قاله المصنف هنا هو المذهب روى عن عمر وعلى رضى الله عنهما وبه قال سعيد بن المسيب والنخعي والشافعي واسحاق وابن المنذر وقال ابن عمر رضى الله عنهما ذكاته ذكاة أمه إذا أشعر وروى ذلك عن عطاء وطاوس ومجاهد والزهرى والحسن وقتادة ومالك والليث والحسن بن صالح لأن عبد الله بن كعب بن مالك قال كان أصحاب رسول الله ﷺ يقولون إذا أشعر =

كانت فيه حياة مستقرة لم يبح الا بذبحه وسواء أشعر أو لم يشعر(١)

فصل

ويكره توجيه الذبيحة الى غير القبلة(٢) والذبح بآلة كالة وإن يحد السكين والحيوان يبصره ، وان يكسر عنق الحيوان أو يسلخه حتى يبرد(٣) فان فعل أساء وأكلت . وإذا ذبح الحيوان ثم غرق فى ماء أو وطىء عليه شيء يقتله مثله فهل يحل؟ على روايتين(٤). وإذا ذبح الكتابى ما يحرم عليه كذى الظفر لم

= الجنين فذكاته ذكاة أمه رواه سعيد وقال أبو حنيفة لا يحل إلا أن يخرج حياً فيذكى لأنه حيوان ينفرد بحياته فلا يذكى بذكاة غيره كما بعد الوضع . ولنا ما روى جابر رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال « ذكاة الجنين ذكاة أمه » رواه أبوداود بإسناد جيد ولأحمد والترمذى وحسنه ابن ماجه مثله من حديث أبى سعيد قال الترمذى والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبى ﷺ وغيرهم ، ورواه الدارقطنى من حديث ابن عمر وأبى هريرة قال ابن المنذر وكان الناس على اباحته يعنى ما شعر لا نعلم أحدا خالف ما قالوا إلا النعمان

(١) قوله « وان كان فيه حياة مستقرة الخ » هذا المذهب نقله الجماعة لأنه نفس أخرى وهو مستقل بحياته

(٢) قوله « ويكره توجيه الذبيحة الخ » هذا المذهب روى ذلك عن ابن عمر وابن سيرين وعطاء والثورى والشافعى وأصحاب الرأى وكره ابن عمروابن سيرين أكل ما ذبح لغير القبلة والأكثرون على أنه لا يكره لأن أهل الكتاب يذبحون لغير القبلة وقد أحل سبحانه ذبائحهم

(٣) قوله « وان يكسر عنق الخ » وكذا لا يقطع عضوا منه حتى تزهق نفسه يعنى يكره ذلك وهذا المذهب وقال القاضى وغيره يحرم فعل ذلك قال فى الانصاف وما هو ببعيد

(٤) قوله « وإذا ذبح الحيوان الخ » أحداهما لا يحل وهو المذهب وهو من مفرداته قال المصنف هذا المشهور قال فى الفروع هذا الأشهر واختاره الخرقى وأبو بكر قال فى الكافى وهو المنصوص لقوله ﷺ فى حديث عدى بن حاتم فى =

يحرم علينا [١] وإن ذبح حيوانا غيره لم تحرم علينا الشحوم المحرمة عليهم [٢] وهو شحم الثرب والكليتين فى ظاهر كلام أحمد رحمه الله واختاره ابن حامد وحكاه عن الخرقى فى كلام مفرد . واختار أبو الحسن التميمى والقاضى تحريمه [٣] وإن ذبح لعيده أو ليتقرب به الى شىء مما يعظمونه لم يحرم نص عليه [٤]

= الصيد وان وقعت فى الماء فلا تأكل وقال ابن مسعود رضى الله عنه من رمى طائراً فوقع فى ماء فغرق فيه فلا يأكله ولأن الغرق سبب يقتل فاذا اجتمع ما يبيح ويحرم غلب التحريم والثانية يحل قال المصنف والشارح وبه قال أكثر أصحابنا المتأخرين قال فى الفروع اختاره الأكثر قال الزركشى وهو الصواب وهو قول أكثر الفقهاء لأنها إذا ذبحت صارت فى حكم الميت

(١) قوله « واذا ذبح الكتابى ما يحرم عليه » أى كذى الظفر مثل الابل والنعامة والبط وما ليس بمشقوق الأصابع ، هذا أحد الوجهين أو الروايتين لأنه من أهل الذكاة وذبح ما يحل لنا أشبه المسلم ، والثانية يحرم علينا قال فى الحاوى الكبير لفقد قصد الذكاة منه وجزم به فى الوجيز والمنور

(٢) قوله « وان ذبح حيوانا غيره الخ » ما قدمه المصنف هنا هو المذهب ، لما روى عبد الله بن مغفل رضى الله عنه قال أصبت جرابا من شحم يوم خيبر فالتزمته فقلت لا أعطى اليوم أحدا شيئا فالتفت فاذا رسول الله ﷺ يضحك رواه مسلم . ولأنها ذكاة أباحت اللحم فأباحت الشحم كذكاة المسلم

(٣) قوله « واختار أبو الحسن الخ » وحكاه التميمى عن الضحاك ومجاهد وهو قول مالك لأن الله تعالى قال ﴿ وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ﴾ وليس هذا من طعامهم

[فائدتان] لا يحل لمسلم أن يطعمهم شحما من ذبحنا نص عليه لبقاء تحريمه جزم به المجد وغيره وقدمه فى الفروع وغيره وقال ابن عقيل فى كتاب الروايتين نسخ فى حقهم أيضا انتهى . وتحل ذبيحتنا لهم مع اعتقادهم تحريمها لأن الحكم لاعتقادنا

(الثانيــة) فى بقاء تحريم السبت عليهم وجهان وأطلقهما فى المحرر وشرحه والنظم والرعايتين والحاويين ، وفائدتهما حل صيدهم فيه وعدمه

(٤) قوله « وان ذبح لعيده الخ » هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب لما =

ومن ذبح حيوانا فوجد فى بطنه جرادا او طائرا فوجد فى حوصلته حبا أو وجد الحب فى بعر الجمل لم يحرم (١) وعنه يحرم

كتاب الصيد (٢)

ومن صاد صيدا فأدركه حيا حياة مستقرة لم يحل الا

= روى عن العرباض بن سارية رضى الله عنه انه سئل عنه فقال كلوا وأطعمونى رواه سعيد وعن أبى امامة وأبى الدرداء رضى الله عنهما كذلك رواهما سعيد ورخص فيه عمر بن الأسود ومكحول وضمرة بن حبيب لقوله تعالى ﴿ وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ﴾ وهذا من طعامهم وعنه لا يحرم اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى وقال ابن عقيل عندى أن يكون ميتة لأنه أهل به لغير الله تعالى وهو قول ميمون بن مهران

[تنبيه] محل ما تقدم إذا ذكر اسم الله عليه ، فأما اذا ذكر اسم غير الله عليه فقال فى المحرر والحاوى الكبير فيه روايتان منصوصتان أصحهما عندى تحريمه قال فى الفروع ويحرم على الأصح ان يذكر غير اسم الله عليه قطع به المصنف وغيره وعنه لا يحرم وتقدم نقل الخلاف فيه عند قول المصنف الثانى التسمية قريبا

(١) قوله « ومن ذبح حيوانا الخ » هذا الصحيح من المذهب ، وهو مذهب الشافعى فى السمكة توجد فى بطن أخرى دون مافى حوصلة الطائر لأنه صار كالرجيع ولنا قوله ﷺ أحلت لنا ميتتان ودمان الخ

(٢) الأصل فى اباحة الصيد الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى ﴿ أحل لكم صيد البحر ﴾ الآية وقوله ﴿ وإذا حللتم فاصطادوا ﴾ وقوله تعالى ﴿ وما علمتم من الجوارح مكلبين ﴾ الآية وأما السنة فروى ابو ثعلبة الخشنى رضى الله عنه قال أتيت رسول الله ﷺ فقلت يا رسول الله أنا بأرض صيد أصيد بقوسى وأصيد بكلبى المعلم وأصيد بكلبى الذى ليس بمعلم فاخبرنى ماذا يصلح لى قال أما ما ذكرت انكم بارض صيد فما صدت بقوسك وذكرت اسم الله عليه فكل ، وماصدت بكلبك المعلم فذكرت اسم الله عليه فكل ، وما صدت بكلبك الذى ليس بمعلم فأدركت ذكاته فكل متفق عليه وعن عدى بن حاتم قال قلت يا رسول الله انا نرسل الكلب المعلم فيمسك علينا قال كل قلت فان قتل قال كل وان قتل ما لم =

بالذكاة[١] فان خشى موته ولم يجد ما يذكيه به أرسل الصائد له عليه حتى يقتله فى احدى الروايتين[٢] واختاره الخرقى فان لم يفعل وتركه حتى مات لم يحل وقال القاضى يحل والرواية الأخرى لا يحل الا أن يذكيه وإن رمى صيدا فأثبته[٣]

= يشركه كلب غيره قال وسئل رسول الله ﷺ عن صيد المعراض قال « ما خرق فكل وما قتل بعرضه فلا تأكل » متفق عليه

(١) قوله « ومن صاد صيدا الخ » مراده بالاستقرار ان تكون حركته فوق حركة المذبوح مطلقا وان يتسع الوقت لتذكيته ، فاذا كانت حركته فوق حركة المذبوح واتسع الوقت لتذكيته لم يبح إلا بالذكاة على الصحيح من المذهب قال قتادة يأكله ما لم يتوان فى ذبحه أو يتركه عمدا وهو قادر على ذكاته ونحوه قول مالك والشافعى وروى ذلك عن الحسن والنخعى وقال أبو حنيفة لا يحل لأنه أدركه وفيه حياة مستقرة فتعلقت اباحته بتذكيته كما لو اتسع الزمان ولنا انه لم يقدر على ذكاته من وجه ينسب فيه إلى التفريط ولم يتسع لها الزمان فكان عقره ذكاته وأما اذا أدركه وفيه حياة مستقرة يعيش بها زمناً طويلا وأمكنه ذكاته ولم يذكه لم يبح سواء كان بجرح لا يعيش معه أولا ، وبه قال مالك والليث والشافعى واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى

(٢) قوله « فان خشى موته الخ » اختلف قول أحمد فى هذه المسئلة فعنه مثل قول الخرقى وهو قول الحسن وابراهيم وهذه الرواية من مفردات المذهب وهى اختيار أكثر الأصحاب والرواية الأخرى لا يحل حتى يذكيه قال فى موضع انى لأقشعر من هذا وهذا المذهب وهو قول أكثر أهل العلم لأنه مقدور عليه فلم يبح بقتل الجارح ووجه الأول أنه صيد قتله الجارح له من غير امكان ذكاته فأبيح كما لو أدركه ميتاً

[فائدتان] (الأولى) لو اصطاد بآلة مغصوبة كان الصيد للمالك جزم به ناظم المفردات وهو منها

(الثانية) لو امتنع الصيد على الصائد من الذبح بأن جعل يعدو منه يومه حتى مات تعبا ونصبا فذكر القاضى انه يحل واختار ابن عقيل لا يحل لأن الاتعاب يعينه على الموت فصار كالماء وظاهر الفروع الاطلاق

(٣) قوله « فأثبته » أى منعه عن الامتناع وحبسه عنه ملكه

ثم رماه آخر فقتله لم يحل (١) ولمن أثبته قيمته مجروحا على قاتله الا أن يصيب الأول مقتله دون الثاني أو يصيب الثاني مذبحه فيحل (٢) وعلى الثاني ماخرق من جلده (٣) وان أدرك الصيد متحركا كحركة المذبوح فهو كالميتة ومتى أدركه ميتا حل (٤) بشروط أربعة أحدها أن يكون الصائد من أهل الذكاة (٥) فان رمى مسلم ومجوسى صيدا أو أرسلا عليه جارحا أو شارك كلب المجوسى كلب المسلم فى قتله لم يحل (٦)

---

(١) قوله « لم يحل » أي لأنه صار مقدوراً عليه فلم يبح إلا بذبحه

(٢) قوله « فيحل » أي لأنه ذكاة فان ادعى كل واحد منهما انه الأول حلف وبرىء من الضمان لأن الأصل براءة ذمته

(٣) قوله « وعلى الثاني ما خرق من جلده » لأنه لم يتلف سوى ذلك وهذا المذهب فى ذلك

(٤) قوله « ومتى أدرك الصيد الخ » وكذا لو كان فوق حركة المذبوح ولكن لم يتسع الوقت لتذكية أى فلا يحتاج إلى تذكية لأن عقره ذكاته

(٥) قوله « أحدها أن يكون الصائد الخ » هذا المذهب لقوله عليه الصلاة والسلام « فان أخذ الكلب ذكاة » متفق عليه والصائد بمنزلة المذكى فيشترط فيه الأهلية وفى المجوسى رواية ما صاده من سمك وجراد أنه يحل لما روى سعيد حدثنا اسماعيل بن عياش حدثني عبد الله بن عبيد الكلاعى عن سليمان بن موسى عن الحسن قال أدركت سبعين رجلا من أصحاب النبي ﷺ يأكلون من صيد المجوس . اسماعيل عن الشاميين حجة

(٦) قوله « فان رمى مسلم ومجوسى الخ » بلا نزاع لقوله ﷺ « إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان وجدت معه غيره فلا تأكل ، انما سميت على كلبك ولم تسم على غيره » متفق عليه ولأنه اجتمع فى قتله مبيح ومحرم فغلبنا التحريم ولأن الأصل الحظر فاذ شككنا فى المبيح رد إلى أصله

[فائدة] لو وجد مع كلبه كلباً آخر وجهل حاله هل سمى أم لا وهل استرسل بنفسه أم لا أو جهل حال مرسله هل هو من أهل الصيد أم لا ولا يعلم أيهما قتله أو يعلم انهما قتلاه معاً أو علم ان المجهول هو القاتل لم يبح قولا واحدا وان علم =

وان أصاب سهم أحدهما المقتل دون الآخر فالحكم له(١) ويحتمل أن لا يحل وإن رد كلب المجوسى الصيد على كلب المسلم فقتله حل وإن صاد المسلم بكلب المجوسى حل وعنه لا يحل وان صاد المجوسى بكلب مسلم لم يحل وان أرسل المسلم كلبا فزجره المجوسى حل صيده وان أرسله مجوسى فزجره مسلم لم يحل

فصل

(الثانى) الآلة وهو نوعان محدد(٢) فيشترط له ما يشترط لآلة الذكاة ولا بد من جرحه به(٣) فان قتله بثقله لم يبح(٤) وان صاد بالمعراض أكل ماقتل بحده دون عرضه(٥) وان نصب مناجل أو سكاكين وسمى عند نصبها فقتلت صيدا

= حال الكلب الذى وجده مع كلبه وان الشرائط المعتبرة قد وجدت فيه حل ثم ان كان الكلبان قتلاه معا فهو لصاحبهما وان علم ان أحدهما قتله فهو لصاحبه وان جهل الحال فان كان الكلبان متعلقان به فهو بينهما وان كان أحدهما متعلقاً به فهو لصاحبه وعلى من حكم له به اليمين

(١) قوله «وان أصاب سهم أحدهما الخ» هذا المذهب لأنه هو القاتل فوجب أن يترتب عليه الحكم

[فائدة] مالا يفتقر الى الذكاة كالحوت والجراد يباح إذا صاده المجوسى ومن لا تحل ذبيحته وقد أجمع على ذلك أهل العلم غير أن مالكا والليث وأبا ثور شذوا عن الجماعة فقال مالك والليث لا نرى أن يؤكل الجراد إذا صاده المجوسى ورخصا فى السمك وأباح أبو ثور صيد المجوسى وذبيحته

(٢) قوله «الثانى الآلة الخ» أى فيشترط لها مايشترط لآلة الذكاة على ماتقدم فى باب الذكاة

(٣) قوله «ولا بد من جرحه به» نص عليه لقوله ﷺ لعدى «ما رميت بالمعراض فخرق فكله وان أصاب بعرضه فلا تأكله» متفق عليه

(٤) قوله «فان قتله بثقله لم يبح» أى كشبكة وفخ وبندقة ولو شنقه نقله الميمونى ولو قطعت حلقومه ومريه لأنه وقيذ فيدخل فى عموم الآية

(٥) قوله وان صاد بالمعراض الخ» قال أحمد المعراض يشبه السهم يحذف به الصيد فربما أصاب الصيد بحده فخرق وقتل فيباح بلا نزاع وربما أصاب بعرضه =

أبيح[١] وإن قتل بسهم مسموم لم يبح اذا غلب على الظن ان السم اعان على قتله[٢]، ولو رماه فوقع فى ماء أو تردى من جبل او وطىء عليه شيء فقتله لم يحل[٣] الا أن يكون الجرح موحيا كالذكاة فهل يحل؟ على روايتين[٤]. وان

= فقتل بثقله فيكون موقوذا فلا يباح مطلقا وهذا الصحيح من المذهب وهذا قول على وعثمان وعمار وابن عباس رضى الله عنهم وبه قال النخعى والحكم ومالك والثورى والشافعى وأبو حنيفة واسحاق وأبو ثور ، وقال الأوزاعى والحكم وأهل الشام يباح ما قتل بحده وعرضه وقال فى المستوعب والترغيب ولم يجرحه لم يبح فظاهر كلامهما انه إذا جرحه بعرضه يباح قال فى الفروع وهو ظاهر نصوصه وقال ابن عمر ما رمى الصيد بجلاهق أو معراض فهو من الموقوذة وبه قال الحسن . ولنا ما روى عدى بن حاتم قال سئل رسول الله ﷺ عن صيد المعراض فقال « ما خرق فكل وما قتل بعرضه فهو وقيذ فلا تأكل » متفق عليه وهذا نص صريح

(١) قوله « وان نصب مناجل الخ » إذا سمى عند نصبها وقتلت صيداً فلا يخلو اما ان تجرحه أو لا فان جرحه حل بلا نزاع وروى عن ابن عمر رضى الله عنهما وقاله الحسن وقتادة لأن النصب جرى مجرى المباشر فى الضمان فكذا فى الاباحة . وقال الشافعى لا يباح بحال كما لو نصب سكينا فذبحت شاة وأما إذا لم يجرحه المعراض فانه لا يباح على الصحيح من المذهب وبه قال الشافعى

(٢) قوله « وان قتل بسهم مسموم الخ » أى لأنه اجتمع مبيح ومحرم فغلب المحرم لأن القتل بالسم محرم فاما ان علم أن السم لم يعن على قتله لكون السهم أوحى منه فهو مباح

(٣) قوله « وان رماه فوقع فى ماء الخ » أى لأنه يغلب على الظن موته بالمشارك

(٤) قوله « الا أن يكون الجرح موحيا الخ » إحداهما لا يحل وهو المذهب وهو ظاهر قول ابن مسعود وعطاء وأصحاب الرأى والثانية يحل قال المصنف وبه قال اكثر أصحابنا المتأخرين قال فى الفروع اختاره الأكثر قال الزركشى وهو الصواب وصححه ابن عقيل فى الفصول وصاحب تصحيح المحرر واختاره ابن عبدوس وهو قول الشافعى ومالك والليث وقتادة وأبى ثور لأن هذا صار فى حكم =

رماه فى الهواء فوقع على الأرض فمات حل[١] وإن رمى صيدا فغاب عنه ثم وجده ميتا لا أثر به غير سهمه حل[٢] وعنه ان كانت الجراح موحية حل وإلا فلا[٣] وعنه ان وجده فى يومه حل والا فلا[٤]، وان وجد به غير أثر سهمه مما

= الميت بالذبح فلا يؤثر فيه ما أصابه ووجه الأول قوله عليه الصلاة والسلام « فان وجدته غريقا فى الماء فلا تأكل » متفق عليه ولأنه يحتمل ان الماء أعان على خروج روحه فصار بمنزلة ما لو كانت الجراحة غير موحية ولا خلاف فى تحريمه اذا كانت الجراح غير موحية فاما إن وقع فى الماء على وجه لا يقتله مثل أن يكون رأسه خارجا من الماء أو يكون من طير الماء الذى لا يقتله الماء أو كان التردى لا يقتل مثل ذلك الحيوان فلا خلاف فى اباحته

(١) قوله « فان رماه فى الهواء الخ » هذا المذهب وبه قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى وقال مالك لا يحل الا أن تكون الجراح موحية أو يموت قبل سقوطه وعن أحمد مثل ذلك لقوله تعالى ﴿ والمتردية ﴾ ولأنه اجتمع المبيح والحاظر فغلب الحظر كما لو غرق ولنا أنه سقط بالاصابة سقوطا لا يمكن الاحتراز منه فوجب أن يحل كما لو أصاب الصيد فوقع على جنبه

(٢) قوله « وان رمى صيدا الخ » ما قدم المصنف هنا هو المذهب وهذا قول الحسن وقتادة لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلا أتى النبى ﷺ فقال يارسول الله أفتنى فى سهمى قال ما رد عليك سهمك فكل قال فان تغيب عنى قال وان تغيب عنك ما لم تجد فيه غير سهمك رواه أبو داود . ولأن جرحه بسهمه سبب اباحته وقد وجد يقينا والمعارض له مشكوك فيه . ولا فرق بين أن تكون الجراحة موحية أو لا وجده ميتاً فى يومه أو غيره لكن لو غاب قبل تحقق الاصابة ثم وجده عقيرا وحده والسهم والكلب ناحية لم يبح

(٣) قوله « وعنه ان كانت الخ » أى لأنه اذا كان كذلك ظهر اسناد الزهوق اليه وان لم يكن موحيا لم يظهر اسناد الزهوق اليه

(٤) قوله « وعنه ان وجده فى يومه الخ » لما روى ابن عباس رضى الله عنهما قال إذا رميت فاقعصت فكل وان رميت فوجدت فيه سهمك من يومك أو ليلتك فكل وان غاب عنك فلا تأكل لأنك لاتدرى ماحدث بعدك لكن لايقال الأول =

يحتمل ان يكون اعان على قتله لم يبح[1] وان ضربه فابـان منه عضوا وبقيت فيه حيوة مستقرة لم يبح ما بان منه[2] وان بقى معلقا بجلده حل[3] وان أبانه ومات فى الحال حل الجميع[4] وعنه لا يباح ما أبان منه وإن أخذ قطعة من حوت وأفلت حيا أبيح ما أخذ منه[5] واما ما ليس بمحدد كالبندق والحجر

= مطلق وهذا مقيد فيحمل عليه لأن هذا مبين له وقد جاء مصرحا به فى حديث عدى مرفوعا انه قال إذا رميت الصيد فوجدته بعد يوم أو يومين ليس فيه إلا أثر سهمك فـكل وان وجدته غريقا فى الماء فلا تأكل متفق عليه

(١) قوله « وان وجد به غير أثر سهمه الخ » أى لما تقدم وهـــذا المذهب وعليه الأصحاب

(٢) قوله « وان ضربه الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب لقوله عليه الصلاة والسلام « ما أبين من حى فهو ميت » وعنه ان ذكى حل كبقيته

(٣) قوله « وان بقى معلقا بجلده حل » هذا بلا نزاع

(٤) قوله « وان أبانه ومات فى الحال الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب وسواء كانت القطعتان متساويتين أو متفاوتتين وبهذا قال الشافعى وروى ذلك عن عكرمة والنخعى وقتادة وقال أبو حنيفة ان كانتا متساويتين أو التى مع الرأس أقل حلتا وان كانت الأخرى أقل لم تحل وحل الرأس وما معه لقوله ﷺ « ما أبين من حى فهو ميت » وأما إذا أبان منه عضواً ولم تبق فيه حياة مستقرة ففيها روايتان أشهرهما عن أحمد اباحتهما قال أحمد رحمه الله تعالى انما حديث النبى ﷺ ما أبين من حى فهو ميتة اذا قطعت وهى حية تمشى وتذهب فاما ان كانت البينونة والموت جميعاً أو بعده بقليل إذا كان فى علاج الموت فلا بأس به ألا ترى الذى يذبح ربما مكث ساعة وربما مشى حتى يموت وهذا مذهب الشافعى وروى ذلك عن على وعطاء والحسن وقال قتادة والحسن وعكرمة ان وقعا معاً أكلهما وان مشى بعد قطع العضو أكله ولم يأكل العضو ، والرواية الثانية لا يباح ما بان منه وهو قول أبى حنيفة لقوله ﷺ « ما أبين من حى فهو ميتة »

(٥) قوله « وان أخذ قطعة الخ » أى لأن أقصى ما فيه أن يكون ميتة وميتته حلال لقوله ﷺ فى البحر « هو الطهور ماؤه الحل ميتته »

والعصا والشبكة والفخ فلا يباح ما قتل به لانه وقيذ . النوع الثـــانى : الجارحة فيباح ما قتلته اذا كانت معلمة (١) الا الـكلب الاســـود البهيم فلا يبـاح صيده (٢) . والجوارح نوعان : ما يصيد بنابه كالـكلب والفهد فتعليمه بثلاثة أشياء : ان يسترسـل إذا أرسل ؛ وينزجر إذا زجر (٣) ، واذا أمسك لم يأكل ، ولا يعتبر تكرر ذلك منـه (٤) ، فان أكل بعد تعلمه لم يحرم

---

(١) قوله « فيباح ما قتلته الخ » لا خلاف فى اعتبار شرط التعليم فى الجارحة لقوله تعالى ﴿ وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمـكم الله فـكلوا ممـا أمسكن عليـكم ﴾ وحينئذ ما قتلته الجارحة جرحا وغنه وصدما وخنقا اختاره ابن حامد ومحمد الجوزى

(٢) قوله « الا الـكلب الخ » الأسود البهيم هو الذى لا بياض فيه على الصحيح من المذهب نص عليه وعليه أكثر الاصحاب فيحرم صيده مطلقا على الصحيح من المذهب وعليه الاصحاب وهو من مفردات المذهب . وممن كره صيده الحسن والنخعى وقتـادة واسحاق ، وأباح صيده مالك والشافعى وابو حنيفة لعموم الآية والخبر والقياس على غيره من الكلاب . ولنا انه كلب محرم اقتناؤه فلم يبح صيـده كغيرا لمعلم لقوله ﷺ « اقتلوا منها كل اسود بهيم » رواه سعيد ولأنه عليه الصلاة والسلام أمر بقتله وقال انه شيطان رواه مسلم وهو العلة والسواد علامة كما يقال إذا رأيت صاحب السلاح فاقتله فانه مرتد فالعلة الردة ، قال أحمد ما أعلم أحداً يرخص فيه يعنى من السلف . ونقل اسماعيل بن سعيد الـكراهة وعنه ومثله فى احكامه ما بين عينيه بياض جزم به فى المغنى والشرح

[فائدة] يحرم اقتناؤه قولا واحدا قال جماعة من الاصحاب الأمر بقتله قال فى الفروع فدل على وجوبه ونقل موسى بن سعيد لا بأس به

(٣) قوله « وينزجر إذا زجر » قال فى المغنى : لا فى وقت رؤية الصيـــد وقاله فى الوجيز

(٤) قوله « واذا أمسك لم يأكل الخ » هذا المذهب وحكى عن ربيعة ومالك انه لا يشترط ترك الاكل لما روى أبو ثعلبة قال قال رسول الله اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان أكل ذكره أحمد ورواه ابو داود ولنا ما روى =

ما تقدم من صيده(١) ولم يبح ما أكل منه فى احدى الروايتين(٢) والأخرى

= عدى بن حاتم أن رسول الله ﷺ قال فان أكل فلا تأكل فانى أخاف انما يكون أمسك على نفسه متفق عليه وهذا أولى لأنه أصح ولا يعتبر تكرار ذلك منه وهذا المذهب لأنه تعلم صنعة أشبه سائر الصنائع. وقال القاضى يعتبر تكرار ذلك منه مرة بعد أخرى حتى يصير معلما فى العرف واقل ذلك ثلاثا نصره فى المغنى وهو قول أبى يوسف ومحمد

(١) قوله «لم يحرم ما تقدم من صيده» هذا المذهب بلا ريب وعليه جماهير الاصحاب وهذا قول أكثر أهل العلم،وعنه يحرم واختاره بعضهم قال فى الانصاف وهو بعيد انتهى وهذا مذهب أبى حنيفة لانه لو كان معلما ما أكل . ولنا عموم الآية والاخبار

(٢) قوله «ولم يبح ما أكل منه الخ» وهو المذهب يروى ذلك عن ابن عباس وأبى هريرة رضى الله عنهم وبه قال عطاء وطاوس وعبيد بن عمير والشعبي وسويد بن غفلة وأبو بردة وسعيد بن جبير وعكرمة والضحاك وقتادة واسحاق وأبو حنيفة وأصحابه والثانية يباح روى ذلك عن سعد بن أبى وقاص وسلمان وأبى هريرة وابن عمر حكاه عنهم الامام احمد وبه قال مالك ، وللشافعى قولان كالمذهبين ، واحتج من أباحه بعموم قوله سبحانه ﴿ فكلوا مما أمسكن عليكم ﴾ ولحديث أبى ثعلبة ولأنه صيد جارح معلم فأبيح ولنا قوله ﷺ فى حديث عدى بن حاتم «اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل مما أمسك عليك قلت وان قتل قال وان قتل الا أن يأكل الكلب فان أكل الكلب فلا تأكل فانى أخاف أن يكون انما أمسك على نفسه» متفق عليه ولأن ما كان شرطا فى الصيد الاول كان شرطا فى سائر صيده كالارسال والتعليم فاما الآية فلا تتناول هذا الصيد لانه قال مما أمسكن عليكم وهذا انما امسك على نفسه وأما حديث أبى ثعلبة فقال أحمد رحمه الله تعالى يختلفون فيه عن هشيم

[فائدتان] لو شرب من دمه لم يحرم نص عليه وعليه الاصحاب

(الثانية) لا يخرج بأكله عن كونه معلما على الصحيح من المذهب

يحل . والثانى ذو المخلب كالبازى والصقر والعقاب والشاهين فتعليمه بأن يسترسل اذا أرسل ويجيب اذا دعى[١] ولا يعتبر ترك الأكل . ولا بد ان يجرح الصيد فان قتله بصدمته أو خنقه لم يبح[٢] وقال ابن حامد يباح ، وما أصابه فم الكلب هل يجب غسله ؟ على وجهين[٣]

فصل

(الثالث) ارسال الآلة قاصدا للصيدفان استرسل الكلب بنفسه أو غيره

---

(١) قوله « فتعليمه بأن يسترسل الخ » فعلى هذا يباح صيده وان أكل منه بلا نزاع وبه قال ابن عباس واليه ذهب النخعى وحماد والثورى وأبو حنيفة وأصحابه وعن الشافعى على أنه كالكلب فى تحريم ما أكل منه من صيده لأن مجالدا روى عن الشعبى عن عدى عن النبى ﷺ فان أكل الكلب والبازى فلا تأكل ولنا اجماع الصحابة فروى الخلال بإسناده عن ابن عباس قال إذا أكل الكلب فلا تأكل وان أكل الصقر فكل لأنك تستطيع ان تضرب الكلب ولا تستطيع ان تضرب الصقر وقد ذكرنا عن أربعة من الصحابة اباحة ما أكل منه الكلب وخالفهم ابن عباس فى الكلب ووافقهم فى الصقر ولم ينقل عن احد فى عصرهم خلافهم

(٢) قوله « ولابد ان يجرح الخ » وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب وهو قول أكثر أهل العلم وقال ابن حامد يباح وهو رواية عن احمد واختاره ابو محمد الجوزى وهو ظاهر كلام الخرقى وهو قول الشافعى لعموم الآية والخبر . ولنا انه قتله بغير جرح أشبه ما لوقتله بالحجر والبندق ولأن الله تعالى حرم الموقوذة وهذا كذلك وهذا يخص ما ذكروه وقوله ﷺ « ما أنهر الدم فكل » يدل على انه لايباح ما لم ينهر الدم

(٣) قوله « وما أصابه فم الكلب الخ » وهما روايتان أحدهما يجب غسله وهو المذهب وعليه جماهير الاصحاب لأن نجاسته قد تيقنت فيجب غسل ما أصابه كبوله والثانى لا يجب صححه فى التصحيح وتصحيح المحرر وجزم به فى الوجيز لان الله تعالى ورسوله ﷺ أمرا بأكله ولم يأمرا بغسله

لم يبح صيده وان زجره(١) الا أن يزيد عدوه بزجره فيحل(٢). وان أرسل كلبه او سهمه الى هدف فقتل صيدا أو ارسله يريد الصيد ولا يرى صيدا لم يحل صيده إذا قتله(٣) وإن رمى حجرا يظنه صيدا فاصاب صيدا لم يحل(٤) ويحتمل ان يحل . وان رمى صيدا فأصاب غيره او رمى صيدا فقتل جماعة حل(٥). وإن

---

(١) قوله « الثالث الخ » هذا المذهب عند أكثر الأصحاب رواية واحدة وبه قال ربيعة ومالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى . وقال عطاء والاوزاعى يؤكل صيده إذا جرح الصيد وقال عطاء اذا سمى عند انقلابه ابيح وروى بإسناده عن ابن عمر رضى الله عنهما انه سئل عن الكلاب تنقلب من مرابطها فتصيد الصيد قال اذا ذكر اسم الله تعالى فكل قال اسحاق فهذا الذى اختار اذا لم يتعمد هو ارساله من غير ذكر اسم الله عليه قال الخلال هذا قول ابى عبد الله ولنا قوله ﷺ إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل متفق عليه ، ولأن ارسال الجارحة جعل بمنزلة الذبح ولهذا اعتبرت التسمية معه

(٢) قوله « الا ان يزيد الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى لا يباح وعن مالك كالمذهبين . ولنا ان زجره له أثر فى عدوه فصار كما لو أرسله لأن فعل الآدمى اذا انضاف الى فعل البهيمة كان الاعتبار بفعل الانسان

(٣) قوله « وان أرسل كلبه الى هدف الخ » هذا المذهب لأن قصد الصيد شرط وكذلك ان قصد انسانا او حجرا فأصاب صيدا لم يحل لأنه لم يقصد صيدا لكون القصد لا يتحقق الا بعلمه وبهذا قال الشافعى. وقال الحسن ومعاوية بن قرة يأكله لعموم الآية والخبر ولأنه قصد الصيد فحل له ما صاده كما لو رآه

على قوله « هدف » * الهدف ما ارتفع من بناء أو كثيب رمل أو جبل

(٤) قوله « وان رمى حجراً الخ » هذا أحد الوجهين جزم به فى الوجيز وغيره لأنه لم يقصد صيداً على الحقيقة ويحتمل ان يحل اختاره المصنف والناظم لأنه قصد الصيد أشبه ما لو رآه

(٥) قوله « وان رمى صيدا فأصاب غيره الخ » قال فى الانصاف بلا نزاع أعلمه وكذا لو ارسل كلبه إلى صيد فصاد غيره على الصحيح من المذهب نص عليه وبه قال الثورى وقتادة وأبو حنيفة والشافعى. وقال مالك اذا أرسل كلبه على صيد بعينه فأخذ غيره لم يبح . ولنا عموم الآية والخبر

أرسل سهمه على صيد فاعانته الريح فقتله ولولاها ما وصل حل . وإن رمى صيدا فاثبته حل(١) فان تحامل فأخذه غيره لزمه رده وان لم يثبته فدخل خيمة إنسان فأخذه فهو لآخـــذه(٢) ولو وقع فى شبكته صيد فخرقها وذهب بها فصاده آخر فهو للثـــانى(٣) . وإن كان فى سفينة فوثبت سمكة فوقعت فى حجره فهى له دون صاحب السفينة(٤) . وان صنع بركة ليصيد بها السمك فما

[فائدة] لو رأى سوادا وسمع حسا فظنه آدميا أو بهيمة أو حجراً فرماه فقتله فاذا هو صيد لم يبح وبهذا قال مالك ومحمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة يباح وقال الشافعى يباح ان كان المرسل سهما وان كان جارحا لم يبح ، واحتج من أباحه بعموم الآية والخبر

(١) قوله « وان رمى صيداً الخ » هذا بلا نزاع لأنه أزال امتناعه أشبـــه ما لو قتله

(٢) قوله « وان لم يثبته فدخل خيمة انسان الخ » ظاهره انه لا يملكه من دخل فى خيمته الا بأخذه وهذا أحد الوجوه والمذهب منها لأن الأول لم يملكه لكونه ممتنعا فملكه الثانى بأخذه وقيل يملكه بمجرد دخول الخيمة قال فى الهداية والمذهب والمستوعب والخلاصة هو لصاحب الخيمة قال فى تصحيح المحرر هـذا المذهب وقال فى الترغيب ان دخل الصيد داره فأغلق بابه أو دخل برجه فسد المنافذ أو حصلت سمكة فى بركته فسد مجرى الماء فقيل يملكه وقيل ان سهل تناوله منه والا فـكمتحجر للاحياء قال فى الفروع ويحتمل اعتبار قصد التملك بغلق

[فائدة] مثل هذه المسئلة فى الحكم لو دخلت داره ظبية فأغلق بابه وجهلها أو لم يقصد تملكها ومثلها أيضا أرض بها كنز قاله فى الفروع

(٣) قوله « ولو وقع فى شبكته الخ » هذا بلا نزاع ونص عليه

[فائدة] لو اصطاد صيدا فوجد عليه علامة مثل قلادة فى عنقه أو وجـد فى أذنه قرطا لم يملكه لأن الذى صاده ملكه فلا يزول ملكه بالانفلات وكذلك ان وجد طائراً مقصوص الجناح ويكون لقطة

(٤) قوله « وان كان فى سفينة الخ » هـذا المذهب كمن فتح حجره للأخذ ولأن السمكة من الصيد المباح فملكت بالسبق فان وقعت السمكة فى السفينة فهى لصاحب السفينة

حصل فيها ملكه(١) وان لم يقصد بها ذلك لم يملكه(٢) وكذلك ان حصل فى أرضه سمك او عشش فيها طائر لم يملكه ولغيره أخذه . ويكره صيد السمك بالنجاسة(٣) وصيد الطير بالشباش(٤) وإذا أرسل صيدا وقال اعتقتك لم يزل ملكه عنه ويحتمل ان يزول ويملكه من أخذه

فصل

(الرابع) التسمية عند ارسال السهم أو الجارحة فان تركها لم يبح سواء

---

(١) قوله « وان وضع بركة الخ » قال فى الانصاف هذا بلا نزاع أعلمه ونص عليه وكذا لو نصب خيمة لذلك أو فتح حجره للأخذ أو نصب شبكة أو شركا نص عليه أو فخا أو منجلا أو حبس جارح له أو بالجائه الى مضيق لا يمكنه أن يفلت منه

(٢) قوله « وان لم يقصد بها الخ » هذا بلا نزاع

(٣) قوله « ويكره صيد السمك الخ » مثل ذلك أن يترك فى الماء شىء نجس كالعذرة والميتة وشبهها ليأكله السمك ليصيده كره احمد ذلك وقال هو حرام لايصاد به وانما كرهه لما يتضمن من أكل السمك بالنجاسة فيشبه الجلالة وكره احمد الصيد ببنات وردان وقال ان مأواها الحشوش وكره الصيد بالضفادع وقال نهى عن قتل الضفدع وعنه يحرم الصيد بالنجاسة وهو المذهب على المصطلح نقله الأكثر عن أحمد رحمه الله تعالى

(٤) قوله « وصيد الطير الخ » وهو طائر يخيط عينيه ويربط لأن فيه تعذيب الحيوان

[فائدتان] : (الأولى) لو منعه الماء حتى صاده حل أكله نص عليه

(الثانية) تحل الطريدة وهى الصيد بين قوم يأخذونه قطعاً قال أحمد حدثنا هشيم عن منصور عن الحسن انه كان لا يرى بالطريدة بأساً كان المسلمون يفعلون ذلك فى مغازيهم واستحسنه ابو عبد الله قال والطريدة الصيد يقع بين القوم فيقطع ذا بسيفه قطعة ويقطع الآخر قطعة حتى يؤتى عليه وهو حى قال وليس هو عندى الا أن الصيد يقع بينهم ولا يقدرون على ذكاته فيقطعونه قطعا . ويكره الصيد من وكره ولا يكره الصيد بليل ولا صيد فرخ من وكره ولا بما يسكر نص على ذلك

تركها عمدا او سهوا فى ظاهر المذهب وعنه ان نسيها على السهم أبيح وان نسيها على الجارحة لم يبح

كتاب الأيمان (١)

واليمين التى تجب بها الكفارة هى اليمين بالله

---

(١) الأصل فيها الكتاب والسنة والاجماع وسنده قوله تعالى ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ﴾ الآية وقوله ﴿ ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها ﴾ والسنة شهيرة بذلك منها قوله عليه الصلاة والسلام لعبد الرحمن بن سمرة « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فأت الذى هو خير وكفر عن يمينك» متفق عليه وقوله عليه الصلاة والسلام « انى ان شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيرا منها الا أتيت الذى هو خير وتحللتها » متفق عليه وأجمعت الأمة على مشروعية اليمين وثبوت احكامها

[فوائد] تصح من مكلف مختار قاصد لليمين ولا تصح من غير مكلف للخبر وفى السكران وجهان ولا تنعقد يمين مكره وبه قال مالك والشافعى، وقال أبو حنيفة تنعقد وتصح من الكافر وتلزمه الكفارة بالحنث سواء حنث فى كفره أو بعد اسلامه وبه قال الشافعى وأبو ثور وابن المنذر إذا حنث بعد إسلامه وقال الثورى وأصحاب الرأى لا تنعقد يمينه لعدم تكليفه . ولنا ان عمر رضى الله عنه نذر فى الجاهلية ان يعتكف فى المسجد الحرام فأمره النبى ﷺ بالوفاء بنذره ولا نسلم أنه غير مكلف وانما تسقط عنه العبادات باسلامه لأن الاسلام يجبّ ماقبله فاما ما التزمه بنذره أو يمينه فينبغى أن يبقى حكمه ، والايمان تنقسم خمسة أقسام :

(احدها) واجب وهى التى ينجى بها انسانا معصوما من هلكة كما روى عن سويد بن حنظلة قال خرجنا نريد النبى ﷺ ومعنا وائل بن حجر فأخذه عدو له فتحرج القوم ان يحلفوا وحلفت أنا أنه أخى فذكرت للنبى ﷺ فقال صدقت المسلم أخو المسلم رواه أبو داود ، وكذلك انجاء نفسه مثل ان تتوجه أيمان القسامة فى دعوى القسامة عليه وهو برىء

(الثانى) مندوب وهو الحلف الذى يتعلق به مصلحة من إصلاح ذات بين متخاصمين أو ازالة حقد عن قلب مسلم عن الحالف أو غيره أو دفع شر . وان حلف على فعل طاعة أو ترك معصية ففيه وجهان احدهما انه مندوب اليه والثانى لا

تعالى[١] أو صفة من صفاته[٢] وأسماء الله تعالى قسمان : أحدهما مالا يسمى به غيره نحو والله والقديم الازلى والأول الذى ليس قبله شيء والآخر الذى ليس بعده شيء وخالق الخلق ورازق العالمين فهذا القسم به يمين بكل حال . والثانى ما يسمى به غيره واطلاقه ينصرف الى الله سبحانه كالرحمن والرحيم والعظيم والقادر والرب والمولى والرزاق ونحوه فهذا ان نوى بالقسم به اسم الله أو أطلق فهو يمين وإن نوى غيره فليس بيمين[٣] . واما ما لا يعد من أسمائه كالشيء

(الثالث) مباح مثل الحلف على فعل مباح أو تركه ، والحلف على الخبر بشيء هو صادق فيه أو يظن أنه فيه صادق فانه قال ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو ﴾ ومن صور اللغو أن يحلف على شيء يظنه كما حلف ويتبين بخلافه

(الرابع) المكروه وهو الحلف على مكروه أو ترك مندوب قال الله تعالى ﴿ ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم أن تبروا وتتقوا وتصلحوا بين النـــاس ﴾ ولقصة أبى بكر رضى الله عنه لما حلف أن لا ينفق على مسطح . ومن قسم المكروه الحلف فى البيع والشراء فانه ﷺ قال « الحلف منفق للسلعة محق للبركة » رواه ابن ماجه

(الخامس) المحرم وهو الحلف الكاذب قال تعالى ﴿ ويحلفون على الكذب وهم يعلمون ﴾ الآية ولأن الكذب حرام فاذا كان محلوفا عليه كان أشد فى التحريم وان أبطل به حقاً واقتطع به مال معصوم كان أشد فعنه ﷺ أنه قال « من حلف على يمين فاجرة يقتطع بها مال مسلم لقى الله وهو عليه غضبان » متفق على معناه ولقول الله فى ذلك ﴿ ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلا ﴾ الآية ، ومتى كانت اليمين على فعل واجب أو ترك محرم كان حلها حراما

(١) قوله « واليمين التى يجب الخ » أجمع أهل العلم على ان من حلف بالله فحنث ان عليه الكفارة

(٢) قوله « أو صفة من صفاته » أى كوجه الله نص عليه وعظمته وعزته وإرادته وقدرته وعلمه فتنعقد بذلك اليمين وتجب الكفارة ولو نوى مقدوره أو معلومه أو مراده على الصحيح من المذهب

(٣) قوله « فهذا إذا نوى القسم به الخ » أى لأنه باطلاقه ينصرف اليه وهذا =

والموجود فان لم ينو به الله تعالى لم يكن يمينا وإن نواه كان يمينا وقال القاضى لا يكون يمينا أيضا وإن قال وحق الله وعهد الله وايم الله وأمانة الله وميثاقه وقدرته وعظمته وكبريائه وجلاله وعزته ونحو ذلك فهو يمين(١)، وان قال

= مذهب الشافعي وان نوى به غيره فليس بيمين لأنه يستعمل فى غيره قال تعالى ﴿ فارجع الى ربك — واذكرنى عند ربك — فأنساه الشيطان ذكر ربه — فارزقوهم منه — بالمؤمنين رءوف رحيم ﴾. وقيل رحمان اليمامة ورجل رحيم والمولى المعتق والقادر باكتسابه والعالم فى البلد ورازق الجند لأنه لما أراد به غيره لم يبق يمينا لعدم تناوله لما يوجب القسم. والصحيح من المذهب أن الرحمن من أسماء الله الخاصة التى لا يسمى بها غيره قال المصنف والشارح وهذا أولى قال فى الفروع والرحمن يمين مطلقا على الأصح قال الزركشى هذا الصحيح لأن ذلك انما يسمى به غير الله تعالى مضافا كقولهم فى مسيلمة رحمن اليمامة وأما الرب والخالق والرازق فالصحيح من المذهب ما قاله المصنف

(١) قوله « وان قال وحق الله الخ » وهذا المذهب فى ذلك كله فاذا قال وحق الله فهى يمين مكفرة وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا كفارة لها لأن حق الله تعالى طاعته ومفروضاته وليست صفة له . ولنا ان لله حقوقاً يستحقها لنفسه من البقاء والعظمة والجلال والعزة وقد اقترن عرف الاستعمال بالحلف بهذه الصفة فينصرف الى صفة الله تعالى كقوله وقدرة الله عليه

[فوائد] اذا قال وعهد الله فهى يمين مكفرة وكذا لو قال وكفالته. وبهذا قال الحسن وطاوس والشعبي والحارث العكلى وقتادة والحكم والأوزاعى ومالك وقال عطاء وابن المنذر وابو عبيد لا يكون يمينا إلا أن ينوى وقال الشافعى لا يكون يمينا الا أن ينوى اليمين بعهد الله الذى هو صفته وقال أبو حنيفة ليس بيمين ولعلهم ذهبوا الى أن العهد من صفات الفعل فلا يكون الحلف به يمينا . ولنا أن عهد الله يحتمل كلامه الذى أمرنا الله به ونهانا لقوله تعالى ﴿ ألم أعهد اليكم يابنى آدم ﴾ وكلامه قديم صفة له ويحتمل انه استحقاقه لما تعبدنا به وقد ثبت له عرف الاستعمال فوجب ان يكون يمينا

(الثانية) اذا قال وأيم الله فهى مكفرة لأنه عليه الصلاة والسلام كان يقسم به وانضم اليه عرف الاستعمال فوجب أن يصرف له

والعهد والميثاق وسائر ذلك[1] ولم يضفه الى الله تعالى لم يكن يمينا[2] الا ان ينوى به صفة الله تعالى وعنه يكون يمينا ، وان قال لعمر الله كان يمينا[3]

[فائدة] : أيم كأيمن وهمزته همزة وصل تفتح وتكسر وميمه مضمومة وقالوا أيمن الله بضم الميم والنون مع كسر الهمزة وفتحها

(الثالثة) إذا قال وأمانة الله فهى يمين مكفرة قال القاضى لا يختلف المذهب فيه وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى لا تنعقد اليمين بها إلا أن ينوى الحلف بصفة الله لأن الأمانة تطلق على الفرائض والودائع والحقوق قال تعالى ﴿ انا عرضنا الأمانة ﴾ الآية وقال ﴿ ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ﴾ يعنى الودائع . ولنا أن امانة الله صفة من صفاته بدليل وجوب الكفارة على من حلف بها إذا نوى ويجب حملها على ذلك عند الاطلاق

(١) قوله « وسائر ذلك » أى كالأمانة والقدرة والعظمة والكبرياء والجلال والعزة

(٢) قوله « ولم يضفه الى الله تعالى الخ » إذا نوى بذلك صفة الله كان يمينا قولا واحداً وان أطلق لم يكن يمينا على الصحيح من المذهب لأنه يحتمل غير الله تعالى فلم يكن يمينا كالشىء والموجود وعنه يكون يمينا باطلاقه لأن اللام اذا كانت للتعريف صرفته الى عهد الله وان كانت للاستغراق دخل فيه ذلك والأول أشهر لأنه يحتمل غير ما تجب به الكفارة مع أن أحمد غلظ أمر العهد وقال هو شديد فى عشرة مواضع من كتاب الله تعالى

(٣) قوله « وان قال لعمر الله الخ » هذا المذهب مطلقا وان لم ينو وبه قال أبو حنيفة وقول أبى بكر هو قول الشافعى لأنها انما تكون يميناً بتقدير خبر محذوف فكأنه قال لعمر الله ما اقسم به . ولنا انه أقسم بصفة من صفات الله تعالى فكان يمينا موجبا للكفارة كالحلف ببقاء الله وحياته كقوله تعالى ﴿ لعمرك إنهم لفى سكرتهم يعمهون ﴾ قال الشاعر :

اذا رضيت كرام بنى قشير　　لعمر الله أعجبنى رضاها

وقال النابغة :

فلا لعمر الذى قد زرته حججا　　وما أريق على الأنصاب من جسد

وقال ابو بكر لا يكون يمينا الا أن ينوى . وان حلف بكلام الله أو بالمصحف او بالقرآن فهو يمين فيها كفارة واحدة (١) وعنه عليه بكل آية كفارة وإن قال أحلف بالله او أشهد بالله أو أقسم بالله أو أعزم بالله كان يمينا (٢) وان لم

= وأما احتياجه الى التقدير فلا يضر لأن اللفظ اذا اشتهر فى العرف صار من الاسماء العرفية فيحمل عليه عند الاطلاق دون موضوعه الاصلى ، واما ان قال لعمرى أو لعمرك فليس بيمين فى قول اكثرهم وقال الحسن هو يمين عليه الكفارة . ولنا انه أقسم بحياة مخلوق فلم تلزمه كفارة كما لو قال وحياتى وذلك لأن هذا اللفظ يكون قسما بحياة الذى أضيف اليه العمر فان التقدير لعمرك قسمى أو ما أقسم به والعمر الحياة والبقاء

(١) قوله « وان حلف بكلام الخ » وكذا لو حلف بسورة منه أو آية ففيها كفارة وبه قال ابن مسعود والحسن وقتادة ومالك والشافعى وأبو عبيد وعامة أهل العلم وقال أبو حنيفة وأصحابه ليس بيمين ولا تجب كفارة فمنهم من زعم أنه مخلوق ومنهم من قال لا تعهد اليمين به . ولنا أن القرآن كلام الله تعالى وصفة من صفات ذاته فتنعقد اليمين به وقولهم مخلوق قلنا هذا كلام المعتزلة وانما الخلاف مع الفقهاء اذا علمت ذلك فالصحيح من المذهب أنه لا يلزمه إلا كفارة واحدة وهو قياس مذهب الشافعى وأبى عبيد ، وعنه يلزمه بكل آية كفارة وهو الذى ذكره الخرقى وهو قول ابن مسعود والحسن لما روى مجاهد قال قال رسول الله ﷺ « من حلف بسورة من القرآن فعليه بكل آية كفارة يمين صبر فمن شاء بر ومن شاء فجر » رواه الأثرم ولأن ابن مسعود رضى الله عنه قال ذلك ولم يعرف له فى الصحابة مخالف . ووجه الاول ان الحلف بصفات الله تعالى وتكرار اليمين بها لا يوجب أكثر من كفارة فهذا أولى

(٢) قوله « وان قال احلف بالله الخ » هذا المذهب مطلقا وهو قول عامة الفقهاء لا نعلم فيه خلافا

[فائدة] قال ابن نصر الله فى حواشيه لو حلف بالتوراة أو الانجيل ونحوهما من كتب الله فلا نقل فيها والظاهر انها يمين . انتهى

يذكر اسم الله لم يكن يمينا الا أن ينوى[1] وعنه يكون يمينا

فصل

حروف القسم الباء والواو والتاء فى اسم الله تعالى خاصة ويجوز القسم بغير حرف القسم فيقول الله لأفعلن بالجر والنصب[2] فان قال اللهُ لأفعلن مرفوعا كان يمينا[3] الا ان يكون من أهل العربية ولا ينوى اليمين . ويكره

[فائدة] لو قال حلفت بالله أو أقسمت بالله أو آليت بها أو شهدت بالله فهو كقوله أحلف بالله أو أقسم بالله أو أشهد بالله خلافا ومذهبا ، لكن لو قال نويت بأقسمت بالله الخبر عن قسم ماض أو بأقسم الخبر عن قسم يأتى دين ويقبل فى الحكم فى أحد الوجهين اختاره المصنف والشارح وهو الصحيح والثانى لا يقبل اختاره القاضى

(١) قوله « وان لم يذكر اسم الله الخ » يعنى فيما تقدم كقوله أحلف أو أشهد أو أقسم أو حلفت أو أقسمت أو شهدت أما اذا نوى اليمين بذلك فانه يكون يمينا بلا نزاع وان لم ينو فقدم المصنف أنه لا يكون يمينا وهو المذهب

[فائدة] لو قال قسما بالله لأفعلن كان يمينا وتقديره أقسمت بالله قسما وكذا لو قال آليت بالله بلا نزاع ولو قال آلى بالله أو ألية بالله او حلفا بالله فهو حلف سواء نوى به اليمين أو أطلق

(٢) قوله « فيقول الله لأفعلن الخ » هذا بلا نزاع . وقال الشافعى لا يكون يمينا إلا أن ينوى لأنه ليس بصريح . ولنا أنه شائع فى العربية وقد ورد به عرف الاستعمال فى الشرع فروى ان عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أخبر النبى ﷺ انه قتل أبا جهل فقال آلله إنك قتلته فقال آلله انى قتلته ذكره البخارى وقال لركانة بن عبد يزيد آلله ما أردت إلا واحدة فقال آلله ما أردت إلا واحدة ، وقال امرىء القيس ☆ فقلت يمين الله أبرح قاعدا ☆

(٣) قوله « فان قال الله بالرفع الخ » هذا المذهب لأنه ليس بيمين فى عرف أهل اللغة ولا نواها ومقتضاها انه إذا نواها كان يمينا لأنه قصد القسم وقال فى الفروع فان نصبه بواو أورفعه معها أودونها فيمين الا أن لا يريدها عربى وقيل أو عامى وجزم به فى الترغيب مع رفعه وقال القاضى فى القسامة ولو تعمده لم يضر =

الحلف بغير الله تعالى[1] ويحتمل ان يكون محرما . ولا تجب الكفارة باليمين به سواء اضافه الى الله تعالى مثل قوله ومعلوم الله وخلقه ورزقه وبيته أو

= لانه لا يحيل المعنى وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى الاحكام تتعلق بما أراده الناس بالالفاظ الملحونة كقوله حلفت بالله رفعا ونصبا والله باصوم باصلى وكقول الكافر أشهد أن محمد رسول الله برفع الاول ونصب الثانى وأوصيت لزيداً بمائة وأعتقت سالم ونحو ذلك قال فى الانصاف وهو الصواب . وقال أيضا من رام جعل جميع الناس فى لفظ واحد بحسب عادة قوم بعينهم فقد رام مالا يمكن عقلا ولا يصلح شرعا

(١) قوله « ويكره الحلف بغير الله تعالى » هذا أحد الوجهين قال ابن منجا فى شرحه هذا المذهب ويحتمل أن يكون محرما وهذا المذهب . وقال الشافعى أخشى أن يكون معصية قال ابن عبد البر هذا أمر مجمع عليه وجزم به فى الوجيز وغيره ونصره المصنف والشارح لما روى عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن النبى ﷺ أدركه وهو يحلف بأبيه فقال ان الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت قال عمر رضى الله عنه فوالله ما حلفت بها بعد ذلك ذاكراً ولا آثراً متفق عليه يعنى ولا حاكياً عن غيرى وعن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى ﷺ قال « من حلف بغير الله تعالى فقد أشرك » رواه الترمذى وحسنه ورجاله ثقات وقال ابن مسعود رضى الله عنه لان أحلف بالله كاذبا أحب إلى من أن أحلف بغيره صادقا قال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى لأن حسنة التوحيد أعظم من حسنة الصدق وسيئة الكذب أسهل من سيئة الشرك واختار انه يعزر مع تحريمه واختار فيمن حلف بعتق أو طلاق وحنث يخير بين أن يوقعه أو يكفر كحلفه بالله ليوقعنه وذكر ان الطلاق يلزمنى ونحوه يمين بالاتفاق وخرجه على نصوص احمد وهو خلاف صريحها وعن احمد انه يجوز لقوله ﷺ للأعرابى الذى سأله عن الصلاة أفلح وأبيه ان صدق ولأن الله تعالى أقسم بمخلوقاته وجوابه ما قاله ابن عبد البر ان هذه اللفظة غير محفوظة وانما أقسم الله بمخلوقاته لأنها دالة على عظمته ولله سبحانه أن يقسم بما يشاء

لم يضفه(١) مثل والكعبة وأبى قال اصحابنا تجب الكفارة بالحلف برسول الله ﷺ خاصة

فصل

ويشترط لوجوب الكفارة ثلاثة شروط (أحدها) ان تكون اليمين منعقدة وهى التى يمكن فيها البر والحنث(٢) وذلك الحلف على مستقبل ممكن

---

(١) قوله « ولا تجب الكفارة باليمين به الخ » اعلم ان الصحيح من المذهب ان الكفارة لا تجب بالحلف بغير الله تعالى إذا كانت بغير رسوله ﷺ وأما الحلف برسول الله ﷺ فقدم المصنف هنا عدم وجوب الكفارة وهو قول أكثر الفقهاء. واختيار المصنف والشارح وابن منجا فى شرحه والشيخ تقى الدين وجزم به فى الوجيز والمذهب ان الكفارة تجب بالرسول ﷺ خاصة وهو المذهب وهو من مفرداته وحمل المصنف ما روى عن احمد على الاستحباب

[تنبيه] ظاهر قوله خاصة ان الحلف بغيره من الأنبياء لا تجب به الكفارة وهو صحيح وهو المذهب وعليه الأصحاب ، والتزم ابن عقيل وجوب الكفارة بكل نبى

[فائدة] نص الامام أحمد على كراهة الحلف بالعتق والطلاق وفى تحريمه وجهان أحدهما يحرم اختاره الشيخ تقى الدين وقال ويعزر وفاقا لمالك ، والثانى لا يحرم واختاره الشيخ تقى الدين أيضا فى موضع آخر بل ولا يكره قال وهذا قول غير واحد من أصحابنا

(٢) قوله « أحدها أن تكون اليمين منعقدة الخ » هذا بلا نزاع فى الجملة قال ابن عبد البر اليمين التى فيها الكفارة باجماع المسلمين هى التى على المستقبل من الأفعال كمن حلف ليضربن غلامه أو لا يضربه فان فعل فعليه الكفارة وذهبت طائفة إلى ان الحنث اذا كان طاعة لم يوجب الكفارة ، وقال قوم من حلف على معصية فكفارتها تركها وقال سعيد بن جبير اللغو أن يحلف الرجل فيما لا ينبغى له يعنى لا كفارة عليه فى الحنث وقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ لا نذر ولا يمين فيما لا يملك ابن آدم ولا فى معصية الله ولا فى قطيعة رحم ومن حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منه فليدعها وليأت الذى —

فاما اليمين على الماضى فليست منعقدة(١) وهى نوعان يمين الغموس(٢) وهى التى يحلف بها عالما بكذبه وعنه فيها الكفارة ومثلها الحلف على مستحيل كقتل الميت واحيائه وشرب ماء الكوز ولا ماء فيه . الثانى لغو اليمين وهى ان يحلف على شىء يظنه فيبين بخلافه فلا كفارة فيها (٣)

= هو خير فان تركها كفارة رواه أبو داود ولأن الكفارة انما تجب لدفع الاثم فلا اثم فى الطاعة ولنا قوله ﷺ « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه » وقال « انى والله ان شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها الا أتيت الذى هو خير وكفرت عن يمينى » أخرجه البخارى وحديثنا أصح وأثبت

(١) قوله « فأما اليمين على الماضى الخ » أى لأن شرط الانعقاد امكان البر والحنث وذلك فى الماضى متعذر

(٢) قوله « يمين الغموس » وهى اليمين الكاذبة الفاجرة يقتطع بها حق غيره وسميت غموساً لأنها تغمس صاحبها فى النار وغموس للمبالغة والصحيح من المذهب أنها لا تنعقد ولا كفارة فيها وهذا قول أكثر أهل العلم منهم ابن مسعود وسعيد ابن المسيب والحسن ومالك والأوزاعى والثورى والليث وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الحديث وأصحاب الرأى من أهل الكوفة قال ابن مسعود كنا نعد اليمين التى لا كفارة لها اليمين الغموس رواه البيهقى وعن سعيد بن المسيب قال هى من الكبائر وهى أعظم من أن تكفر وعن أحمد فيها الكفارة مع الاثم وروى ذلك عن عطاء والزهرى والحكم والبتى وهو قول الشافعى لأنه وجدت منه اليمين بالله تعالى والمخالفة مع القصد فلزمته الكفارة . ولنا انها يمين غير منعقدة فلا توجب الكفارة كاللغو ولانه لا يمكن فيها بر ولا توجبه . ودليل انها كبيرة ما روى عن النبى ﷺ انه قال « من الكبائر الاشراك بالله تعالى وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس » . رواه البخارى

(٣) قوله « الثانى لغو الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب وهو قول أكثر أهل العلم قاله ابن المنذر ويروى هذا عن ابن عباس وأبى هريرة وأبى بن مالك(*) وزرارة بن اوفى والحسن والنخعى ومالك والشافعى والثورى وممن قال =

(*) كذا بالأصل ، وفى المغنى والشرح : وأبى مالك

فصل

(الثانى) ان يحلف مختارا فان حلف مكرها لم تنعقد يمينه وان سبقت اليمين على لسانه من غير قصد اليها كقوله لا والله وبلى والله فى عرض حديثه فلا كفارة عليه(١)

= هذا لغو اليمين مجاهد وسليمان بن يسار والاوزاعى والثورى وابو حنيفة وأصحابه وأكثر أهل العلم على ان لغو اليمين لا كفارة فيه قال ابن عبد البر أجمع المسلمون على هذا وعن احمد فيها الكفارة وليس من لغو اليمين

[فائدة] قال فى المحرر والحاوى والفروع وغيرهم ان عقدها يظن صدق نفسه فبان بخلافه فهو كمن حلف على مستقبل وفعله ناسيا وهذا الصحيح من المذهب فيدخل فى ذلك الطلاق والعتاق واليمين المكفرة وتقدم فى آخر تعليق الطلاق بالشروط فيما اذا حلف على شيء وفعله ناسيا ان المذهب الحنث فى الطلاق والعتاق وعدمه فى غيرهما فكذا هنا فالصحيح من المذهب انه اذا حلف يظن صدق نفسه فبان بخلافه يحنث فى الطلاق والعتاق ولا يحنث فى غيرهما

[تنبيه] محل ذلك اذا عقد اليمين على زمن ماض على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وقال الشيخ تقى الدين وكذا لو عقدها على زمن مستقبل ظانا صدقه كمن حلف على غيره ظانا انه يطيعه فلم يفعل أو ظن المحلوف عليه خلاف نية الحالف ونحو ذلك وقال ان المسئلة على روايتين كما ظن امرأة أجنبية فطلقها فبانت امرأته ونحوها مما يتعارض فيه التعبير الظاهر والقصد فلو كانت يمينه بطلاق ثلاث ثم قال انت طالق مقرا بها أو مؤكدا له لم يقع وان كان منشئا فقد أوقعه بمن يظنها أجنبية ففيها الخلاف . انتهى

(١) قوله « وان سبقت اليمين الخ » هذا المذهب وهو قول أكثر أهل العلم لأنها من لغو اليمين نقل عبد الله عن أبيه اللغو عندى أن يحلف على اليمين يرى أنها كذلك والرجل يحلف فلا يعقد قلبه على شيء وممن قال ان اللغو اليمين التى لا يعقد عليها قلبه عمر وعائشة رضى الله عنهما وبه قال عطاء والقاسم وعكرمة والشعبى والشافعى لما روت عائشة رضى الله عنها ان رسول الله ﷺ قال « اللغو فى اليمين هو كلام الرجل فى بيته لا والله وبلى والله » رواه أبو داود

فصل

(الثالث) الحنث فى يمينه بان يفعل ما حلف على تركه او يترك ما حلف على فعله مختارا ذاكرا وإن فعله مكرها أو ناسيا فلا كفارة عليه[١] وعنه على

---

(١) قوله «وان فعله مكرها الخ» اذا حلف لا يفعل شيئا ففعله مكرها لم يحنث على الصحيح من المذهب . قال الشارح والمكره على الفعل ينقسم قسمين أحدهما أن يلجأ اليه مثل من حلف لا يدخل دارا فحمل فأدخلها أو لا يخرج منها فأخرج محمولا ولم يمكنه الامتناع فلا يحنث فى قول الأكثرين وبه قال أصحاب الرأى وقال مالك ان دخل مربوطا لم يحنث وذلك لأنه لم يفعل الدخول والخروج والثانى ان يكره بالضرب والتهديد بالقتل ونحوه فقال أبو الخطاب فيه روايتان كالناسى وللشافعى قولان وقال مالك وأبو حنيفة يحنث لأن الكفارة لا تسقط بالشبهة ولنا قوله ﷺ «عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» انتهى . وأما اذا فعله ناسيا فالصحيح من المذهب انه لا كفارة عليه نقله الجماعة عن احمد إذا كان فى غير الطلاق والعتاق فاما الطلاق والعتاق فانه يحنث فيهما فى ظاهر المذهب وعنه لا يحنث فى الطلاق والعتاق أيضا وهو قول عطاء وعمرو بن دينار واسحاق وهو ظاهر مذهب الشافعى لقوله تعالى ﴿وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به﴾ الآية وتقدم الخلاف فى ذلك فى آخر تعليق الطلاق بالشروط وعن أحمد انه يحنث وتلزمه الكفارة فى اليمين وهو قول سعيد بن جبير ومجاهد والزهرى وقتادة وربيعة ومالك وأصحاب الرأى والقول الثانى للشافعى لأنه خالف ما حلف عليه قاصداً وكما لو كانت اليمين بالطلاق والعتاق . ولنا على أن الكفارة لا تجب قوله تعالى ﴿وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به﴾ الآية وقوله ﷺ «عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان» الخ ولأنها تجب لمحو الاثم ولا اثم على الناسى وعنه لا حنث بفعله ناسيا ويمينه باقية قال فى الفروع وهو أظهر واختاره ابن عبدوس فى تذكرته واختاره الشيخ تقى الدين وقال ان رواتها بقدر رواة التفرق وان هذا يدل ان أحمد جعله حالفاً لا معلقاً والحنث لا يوجب وقوع المحلوف به

على قوله «اذا كان متصلا باليمين» ٭ يعنى بذلك اليمين المكفرة لا غير كاليمين بالله والنذر والظهار ونحوه لا غير وهذا المذهب

الناسى كفارة وان حلف فقال إن شـــاء الله لم يحنث فعل أو ترك اذا كان متصلا باليمين وإذا حلف ليفعلن شيئا ونوى وقتا بعينه تقيد به وإن لم ينو لم يحنث حتى ييئس من فعله اما بتلف المحلوف عليه أو موت الحالف ونحو ذلك وإذا حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها استحب له الحنث والتكفير ولا يستحب تكرار الحلف وإن دعى الى الحلف عند الحـــاكم وهو محق استحب له افتداء يمينه فان حلف فلا بأس

فصل

وإن حرم أمته أو شيئا من الحلال لم يحرم وعليه كفارة يمين ان فعله(١)

---

(١) قوله «وان حرم أمته أو شيئا من الحلال» يعنى غير زوجة كالطعام واللباس وغيرهما أو قال ما أحل الله على حرام أو لا زوجة له «لم يحرم وعليه كفارة يمين ان فعله» هذا المذهب نص عليه وإذا قال هذا حرام على ان فعلت ثم فعل فهو مخير ان شاء ترك ما حرمه على نفسه وان شاء كفر. وان قال هذا الطعام حرام على فهو كالحلف على تركه ويروى نحو هذا عن ابن مسعود والحسن وجابر بن زيد وقتادة واسحاق وأهل العراق. وقال سعيد بن جبير فيمن قال الحل على حرام يمين من الايمان يكفرها وقال الحسن هى يمين الا أن ينوى امرأته وعن ابراهيم مثله. وعنه ان نوى طلاقا والا فليس بشيء وعن الضحاك أن أبا بكر وعمر وابن مسعود رضى الله عنهم قالوا الحرام يمين وقال طاوس هو ما نوى. وقال مالك والشافعى ليس بيمين ولا شيء عليه لأنه قصد تغيير الشرع فلغى ما قصده كما لو قال هذه ابنتى ولنا قوله تعالى ﴿ يا أيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك ـ الى قوله ـ قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم ﴾ سمى تحريم ما أحل الله يمينا وفرض له تحلته وهو الكفارة، وقالت عائشة رضى الله عنها كان النبى ﷺ يمكث عند زينب بنت جحش ويشرب عندها عسلا فتواصيت أنا وحفصة ان أيتنا دخل عليها النبى ﷺ فلتقل انى أجد منك ريح مغافير فدخل على إحدانا فقالت له ذلك فقال لا بل شربت عسلا عند زينب بنت جحش ولن أعود فنزلت ﴿ يا أيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك ﴾ متفق عليه وزاد البخارى تعليقا وقد حلفت

ويحتمل ان يحرم تحريما تزيله الكفارة وان قال هو يهودى او كافر أو برىء من الله تعالى أو الاسلام أو القرآن او النبى عليه السلام إن فعل ذلك فقد فعل محرما[١] وعليه كفارة ان فعل فى احدى الروايتين[٢] وإن قال انا أستحل الزنا او نحوه فعلى وجهين ، وإن قال عصيت الله أو انا أعصى الله فى كل ما أمرنى به او محوت المصحف ان فعلت فلا كفارة فيه . وان قال عبد فلان حر لأفعلن فليس بشىء وعنه عليه كفارة ان حنث . وإن قال ايمان البيعة تلزمنى فهى يمين[٣] رتبها الحجاج تشتمل على اليمين بالله تعالى والطلاق والعتاق وصدقة المال فان كان الحالف يعرفها ونواها انعقدت يمينه بمافيها[٤] وإلا فلا

---

(١) قوله « فقد فعل محرما » هذا بلا نزاع لما روى ثابت بن الضحاك ان النبى ﷺ قال « من حلف على يمين ملة غير الاسلام كاذبا فهو كما قال » متفق عليه وعن بريدة رضى الله عنه مرفوعا قال « من قال انه برىء من الاسلام وان كان كاذبا فهو كما قال وان كان صادقا لم يعد الى الاسلام سالما » رواه أحمد والنسائى وابن ماجه بإسناد جيد وسواء كان منجزاً أو معلقا بشرط

(٢) قوله « وعليه كفارة يمين الخ » هذا المذهب يروى عن الحسن وطاوس والشعبى والثورى والأوزاعى واسحاق وأصحاب الرأى وروى ذلك عن زيد بن ثابت رضى الله عنه . وعن أحمد لا كفارة عليه وهو قول مالك والشافعى والليث وأبى ثور وابن المنذر لأنه لم يحلف باسم الله تعالى ولا صفته فلم تلزمه كفارة كما لو قال عصيت الله وهذا اختيار المصنف والناظم . قال الشارح ويحتمل ان يحمل كلام أحمد فى الرواية الأولى على الندب دون الايجاب فانه قال فى رواية حنبل إذا قال اكفر بالله أو اشرك بالله فأحب الى أن يكفر كفارة يمين إذا حنث . ووجه الأولى ما روى عن زيد بن ثابت ان النبى ﷺ سئل عن الرجل يقول هو يهودى أو نصرانى أو مجوسى أو برىء من الاسلام فى اليمين يحلف بها فيحنث فى هـذه الأشياء قال « عليه كفارة يمين » رواه أبو بكر

(٣) قوله « وان قال ايمان البيعة الخ » لا تشمل ايمان البيعة إلا ما ذكره المصنف على الصحيح من المذهب وقيل وتشتمل أيضاً على الحج

(٤) قوله « فان كان الحالف الخ » هذا الصحيح من المذهب لأن اليمين بهما تنعقد بالكناية فكذا ما عداهما

شيء عليه[1] ويحتمل ان لا تنعقد بحال الا فى الطلاق والعتاق . وان قال على نذر او يمين ان فعلت كذا وفعله فقال أصحابنا عليه كفارة يمين[2]

---

(١) قوله « والا فلا شيء عليه » يعنى اذا لم يعرفها بأن كان يجهلها ولم ينوها وهذا المذهب لأن هذا ليس بصريح فى القسم والكناية لا تصلح بالنية ومن لم يعرف شيئا لم يصح أن ينويه وان عرفها ولم ينو عقد اليمين بما فيها لم يصح أيضا لما ذكرنا وفيه وجه يلزمه موجبها نواها أو لم ينوها وهو ظاهر كلام القاضى فى خلافه وصرح به فى بعض تعاليقه وان نواها وجهلها فلا شيء عليه على الصحيح من المذهب

[فائدتان] لو قال أيمان المسلمين تلزمنى ان فعلت ذلك وفعله لزمته يمين الظهار والطلاق والعتاق والنذر إذا نوى ذلك على الصحيح من المذهب ويلزمه حكم اليمين أيضا على الصحيح من المذهب قدمه فى الفروع قال المجد قياس المشهور عن أصحابنا فى يمين البيعة انه لا يلزمه شيء حتى ينويه ويلتزمه أو لا يلزمه شيء بالكلية حتى يعلمه أو يفرق بين اليمين بالله تعالى وغيرها

(الثانية) لو حلف بشيء من هذه الخمسة فقال له آخر يمينى مع يمينك أو أنا على مثل يمينك يريد التزام مثل ذلك لزمه مثل ذلك إلا فى اليمين بالله تعالى فانه على وجهين أحدهما لا يلزمه حكمها قاله القاضى واقتصر عليه فى الفروع وجزم به فى الكافى والثانى يلزمه صححه فى النظم وتصحيح المحرر

على قوله « إلا فى الطلاق والعتاق » * لانعقادهما بالكناية

(٢) قوله « وان قال على نذر الخ » هذا المذهب لما روى الترمذى وصححه عن عقبة مرفوعا قال كفارة النذر اذا لم يسم كفارة يمين وقيل فى قوله على يمين يكون يمينا بالنية جزم به فى الرعاية الصغرى واختار المصنف أنه لا يكون يمينا مطلقا قال فى المغنى والكافى ولو قال على يمين ونوى الخبر فليس بيمين على أصح الروايتين وان نوى القسم فقال أبو الخطاب هو يمين وقال الشافعى ليس بيمين وهذا أصح

[فائدة] اذا قال حلفت ولم يكن حلف فقال الامام هى كذبة ليس عليه يمين وهذا المذهب قاله المصنف المغنى فى والكافى والشارح . وعنه عليه كفارة لأنه أقر على نفسه . وتقدم نظير ذلك فى باب صريح الطلاق وكنايته

فصل

فى كفارة اليمين . وهى تجمع تخييرا وترتيبا فيخير فيها بين ثلاثة أشياء : اطعام عشرة مساكين ، او كسوتهم ، أو تحرير رقبة . والكسوة للرجل ثوب يجزئه ان يصلى فيه وللمرأة درع وخمار[١] فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام[٢] متتابعة[٣] إن شاء قبل الحنث وإن شاء بعده[٤] ولا يجوز تقديمها على اليمين .

---

(١) قوله « والكسوة الخ » هذا الصحيح من المذهب وهذا قول مالك وقال الحسن كل مسكين حلة ازار ورداء وقال ابن عمر رضى الله عنهما وعطاء وطاوس ومجاهد وعكرمة وأصحاب الرأى يجزئه ثوب ثوب ولم يفرقوا بين الرجل والمرأة ، وقال سعيد بن المسيب عباءة وعمامة واحتجوا بأن ذلك يقع عليه اسم الكسوة . ولنا انها أحد أنواع الكفارة فلم يجزىء فيها أقل ما يقع عليه الاسم كالاطعام والاعتاق

[تنبيه] يجزىء ما يسمى كسوة ولو عتيقاً على الصحيح من المذهب إذا لم تذهب قوته . ولو أطعم خمسة وكسا خمسة أجزأه على الصحيح من المذهب

(٢) قوله « فمن لم يجد الخ » . لا ينتقل الى الصوم الا اذا عجز عجزاً كعجزه عن زكاة الفطر على الصحيح من المذهب وقيل كعجزه عن الرقبة فى الظهار على ما تقدم فى الظهار وهو ظاهر كلامه فى الشرح

(٣) قوله « متتابعة » هذا الصحيح من المذهب والمنصوص عن أحمد اذا لم يكن عذر لأن فى قراءة أبي وابن مسعود رضى الله عنهما فصيام ثلاثة أيام متتابعات حكاه أحمد ورواه الأثرم والظاهر انهما سمعاه من النبي ﷺ وكصوم الظهار . وعنه له تفريقها

(٤) قوله « ان شاء قبل الحنث الخ » هذا المذهب بلا ريب وسواء كان صوما أو غيره فيما سوى الظهار فى قول أكثر أهل العلم منهم مالك وممن روى عنه تقديم التكفير قبل الحنث عمر وابنه وابن عباس وسلمان الفارسى وسلمة بن مخلد وبه قال الحسن وابن سيرين وربيعة والأوزاعى والثورى وابن المبارك واسحاق وأبو عبيد وأبو خيثمة وسليمان بن داود لما روى عبد الرحمن بن سمرة ان النبى =

ومن كرر ايمانا قبل التكفير فعليه كفارة واحدة وعنه لكل يمين كفارة والظاهر انها ان كانت على فعل واحد فكفارة واحدة وإن كانت على أفعال فعليه لكل يمين كفارة وان كانت الايمان مختلفة الكفارة كالظهار واليمين بالله تعالى فلكل يمين كفارتها . وكفارة العبد الصيام وليس لسيده منعه منه. ومن نصفه حر فحكمه فى الكفارة حكم الاحرار

باب جامع الأيمان

ويرجع فى الايمان الى النية(١) فان لم يكن فيها نية رجع الى سبب اليمين

= ﷺ قال ياعبد الرحمن إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فكفر عن يمينك ثم ائت الذى هو خير رواه أبو داود والنسائى ورجاله ثقات . وقال أصحاب الرأى لا تجزىء الكفارة قبل الحنث لأنه يكفر قبل وجود سببه وقال الشافعى كقولنا الا فى الصيام فقال كقولهم لأنها عبادة بدنية فلم يجز فعله قبل وجوبه . قال ابن عبد البر العجب من أصحاب أبى حنيفة أجازوا تقديم الزكاة من غير أن يرووا فيها مثل هذه الآثار فى تقديم الكفارة وأبوا تقديم الكفارة ههنا مع كثرة الرواية الواردة فيها والحجة فى السنة ومن خالفها محجوج

[فوائد] حيث قلنا بالجواز فالتقديم والتأخير سواء فى الفضيلة على الصحيح من المذهب

(الثانية) ظاهر كلام المصنف ان التخيير جار ان كان الحنث حراما وهو ظاهر الخرقى وكثير من الأصحاب وهو أحد الوجهين والوجه الثانى لايجزئه التكفير

(الثالثة) لو كفر بالصوم قبل الحنث لفقره ثم حنث وهو موسر فقال المصنف فى المغنى والشارح وغيره لا يجزئه لانا تبينا ان الواجب غير ما أتى به قال فى القاعدة الخامسة واطلاق الأكثر مخالف لذلك لأنه فرضه فى الظاهر

(الرابعة) نص احمد رحمه الله تعالى على وجوب كفارة اليمين والنذر على الفور وهو الصحيح من المذهب

(١) قوله « يرجع فى الايمان الى النية » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب وقال القاضى يقدم عموم لفظه على النية احتياطا وبه قال مالك والشافعى

وما هيجها[1] فاذا حلف ليقضينه حقه غدا فقضاه قبله لم يحنث اذا قصد ان لا يتجاوزه او كان السبب يقتضيه[2] وان حلف لا يبيع ثوبه الا بمائة فباعه بأكثر لم يحنث وان باعه بأقل حنث[3] وإن حلف لا يدخل دارا ونوى اليوم لم يحنث بالدخول فى غيره[4] وإن دعى الى غداء فحلف لا يتغدى اختصت يمينه

[تنبيه] قوله « يرجع فى الايمان الى النية » مقيد بأن يكون الحالف غير ظالم نص عليه على ما تقدم وان يحتملها لفظه مطلقا على الصحيح من المذهب وقال فى المحرر وجماعة وتقبل منه فى الحكم إذا قرب الاحتمال وان قوى بعده منه لم يقبل وان توسط فروايتان وتقدم بعض ذلك فى التأويل فى الحلف

(١) قوله « فان لم يكن له نية الخ » هذا المذهب لموافقته الوضع

(٢) قوله « فاذا حلف الخ » هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة ومحمد وأبو ثور وقال الشافعى يحنث إذا قضاه قبله لأنه ترك فعل ما حلف عليه مختاراً . ولنا ان مقتضى اليمين تعجيل القضاء قبل خروج الغد فاذا قضاه قبله فقد قضى قبل خروج الغد وزاده خيراً . ولأن مبنى الايمان على النية فان لم يكن له نية ولا كان السبب يقتضيه حنث على الصحيح من المذهب وعند القاضى وأصحابه لا يحنث

[فائدة] مثل ذلك فى الحكم لو حلف لآكلن شيئا غدا أو لأبيعنه أو لأفعلنه فأما ان حلف لأقضينه حقه غدا وقصده مطله فقضاه قبله حنث

(٣) قوله « وان حلف لايبيع ثوبه إلا بمائة الخ » أى لأن قصده أن لايبيعه بأقل منها فيحنث اذا باعه بالأقل ولا يحنث اذا باعه بالأكثر لأن قرينة الحال تدل على ذلك ومقتضى مذهب الشافعى أنه يحنث إذا باعه بأكثر منها

[فائدة] اذا حلف لا يبيع ثوبه بعشرة فباعها بها أو بأقل منها حنث وان باعه بأكثر لم يحنث وقال الشافعى يحنث وان حلف لا اشتريه بعشرة فاشتراه بأقل لم يحنث وان اشتراه بها أو بأكثر منها حنث ومقتضى مذهب الشافعى أن لا يحنث إذا اشترى بأكثر منها لأن يمينه لم تتناوله

(٤) قوله « وان حلف لا يدخل دارا الخ » ويقبل فى الحكم أيضاً وهذا الصحيح من المذهب

به اذا قصد(١) وان حلف لا يشرب له الماء من العطش يقصد قطع المنة حنث بأكل خبزه واستعارة دابته وكل ما فيه المنة(٢) وان حلف لا يلبس ثوبا من غزلها يقصد قطع منتها فباعه واشترى بثمنه ثوبا فلبسه حنث وكذلك ان انتفع بثمنه(٣) وإن حلف لا يأوى معها فى دار يريد جفاءها ولم يكن للدار سبب هيج يمينه فأوى معها فى غيرها حنث(٤) وان حلف لعامل لا يخرج الا باذنه فعزل او على زوجته فطلقها او على عبده فاعتقه ونحوه ، يريد ما دام كذلك انحلت يمينه وان لم تكن له نية انحلت أيضا ذكره القاضى لان الحال

---

(١) قوله « وان دعى الى غداء الخ » هذا المذهب وعنه يحنث

(٢) قوله « وان حلف لا يشرب له الماء الخ » هذا المذهب مطلقا وعليه الأصحاب لأن ذلك تنبيه على ما هو أعلى منه كقوله تعالى ﴿ ولا تظلمون فتيلا ﴾ يريد لا تظلمون شيئاً

(٣) قوله « وان حلف لا يلبس ثوبا من غزلها الخ » وكذا ان انتفع بثمنه لقوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها وأكلوا ثمنها »

[تنبيه] مفهوم كلام المصنف انه لو انتفع بشىء من مالها غير الغزل وثمنه انه لا يحنث وهو صحيح وهو المذهب جزم به فى المغنى والشرح وقيل يحنث بقدر منته فأزيد جزم به فى الترغيب

[فائدة] إذا امتنت عليه امرأته بثوب لحلف أن لا يلبسه قطعا لمنتها فاشتراه غيرها ثم كساه اياه أو اشتراه الحالف ولبسه على وجه لا منة لها فيه فوجهان أحدهما يحنث لمخالفته لفظه والثانى لا لأن السبب اقتضى تقييد لفظه بما وجد فيه السبب فصار كالمنوى

(٤) قوله « وان حلف لا يأوى معها الخ » وكذا لو قال لا عدت رأيتك تدخلينها ينوى منعها حنث ولو لم يرها لمخالفته ما حلف على تركه ومعنى الإيواء الدخول يقال أويت أنا وأويت غيرى كقوله تعالى ﴿ إذ أوى الفتية إلى الكهف ﴾ فان اجتمع معها فيما ليس بدار ولا بيت لم يحنث سواء كانت الدار سبب يمينه أو لم تكن لأنه قصد جفاءها

تصرف اليمين اليه وذكر فى موضع آخر أن السبب اذا كان يقتضى التعميم عمناها به وان اقتضى الخصوص مثل من نذر لا يدخل بلدا لظلم رآه فيه فزال الظلم فقال أحمد النذر يوفى به والأول أولى لأن السبب يدل على إرادته فصار كالمنوى سواء وإن حلف لا رأيت منكرا إلا رفعته الى فلان القاضى فعزل انحلت يمينه ان نوى ما دام قاضيا وان لم ينو احتمل وجهين

فصل

فان عدم ذلك رجع الى التعيين[1] فاذا حلف لا يدخل دار فلان هذه فدخلها وقد صارت فضاء أو حماما أو مسجدا أو باعها فلان ، أو لا لبست هذا القميص فجعله سراويل او رداء اوعمامة ولبسه ، أو لا كلمت هذا الصبى فصار شيخا او امرأة فلان او صديقه فلانا أو غلامه سعدا فطلقت الزوجة وزالت الصداقه وعتق العبد فكلمهم ، أو لا أكلت لحم هذا الحمل فصار كبشا ، أو لا أكلت هذا الرطب فصار تمرا أو دبسا أو خلا ، أو لا أكلت هذا اللبن فتغير وعمل منه شيء فأكله حنث فى ذلك كله ويحتمل ان لايحنث

فصل

فان عدم ذلك رجعنا الى ما يتناوله الاسم. والأسماء تنقسم ثلاثة أقسام: شرعية وحقيقية وعرفية[2] . فاما الشرعية فهى أسماء لها موضوع فى الشرع

---

(١) قوله « فان عدم ذلك الخ » هذا المذهب يعنى اذا عدم التعيين مع عدم النية والسبب لأن الاسم دليل على ارادة المسمى ولا معارض له هنا فوجب ان يرجع اليه عملا به لسلامته عن المعارضة

(٢) قوله « والاسماء تنقسم الخ » ما له مسمى واحد كالرجل والمرأة تنصرف اليمين الى مسماه بغير خلاف ، وما له موضوع شرعى وموضوع لغوى كالوضوء فتنصرف اليمين الى الموضوع الشرعى عند الاطلاق لا نعلم فيه خلافا وما له موضوع حقيقى ومجازه لم يشتهر كالاسد فتنصرف اليمين الى الحقيقة كـكلام الشارع

وموضوع فى اللغة كالصلاة والصوم والزكاة والحج ونحوه واليمين المطلقة تنصرف إلى الموضوع الشرعى وتتناول الصحيح منه[١]، فاذا حلف لا يبيع فباع بيعا فاسدا أو لا ينكح فنكح نكاحا فاسدا لم يحنث الا أن يضيف اليمين إلى شيء لا يتصور فيه الصحة[٢] مثل أن يحلف لا يبيع الخمر أو الحر فيحنث بصورة البيع وذكر القاضى فيمن قال لامرأته ان سرقت منى شيئا وبعتنيه فأنت طالق ففعلت لم تطلق والأول أولى وان حلف لا يصوم لم يحنث حتى يصوم يوما[٣] وإن حلف لا يصلى لم يحنث حتى يصلى

---

(١) قوله « فاليمين المطلقة الخ » وهذا الصحيح من المذهب فاذا حلف أن لا يبيع ولا ينكح انصرف الى الصحيح وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة إذا قال لعبده ان بعتك أو زوجتك فأنت حر فزوجه تزويجا فاسدا لم يعتق به وان باعه بيعاً فاسداً يملك به حنث لأن البيع الفاسد عنده يثبت به الملك إذا اتصل به القبض ولنا ان اسم البيع ينصرف إلى الصحيح بدليل قوله تعالى ﴿ وأحل الله البيع ﴾ وأكثر ألفاظه فى البيع انما تنصرف الى الصحيح

(٢) قوله « الا ان يضيف اليمين الخ » هذا المذهب قال المصنف والشارح وابن منجا فى شرحه هذا أولى لأنه يتعذر حمل يمينه على عقد صحيح فتعين محلا لها

[فوائد] الشراء مثل البيع فى ذلك على الصحيح من المذهب

(الثانية) لو حلف لا تسريت فوطىء جاريته حنث وقال القاضى لا يحنث حتى ينزل فحلا كان أو خصيا

(الثالثة) لو حلف لا يبيع أو لا يتزوج فأوجب ولم يقبل المشترى والزوج لم يحنث لا نعلم فيه خلافا لأنه لا يتم الا بالقبول

(٣) قوله « وان حلف لا يصوم الخ » هذا أحد الوجوه وهو ظاهر ما جزم به فى المستوعب والشرح وشرح ابن منجا واختاره المجد وجزم به فى الهداية والخلاصة لأن امساك بعض يوم ليس بصوم شرعى وهذا اذا لم ينو عددا وأقل ذلك يوم لأنه ليس فى الشرع صوم مفرد أقل من يوم وقيل يحنث بالشروع الصحيح وهو المذهب اختاره القاضى وغيره وجزم به فى الوجيز وغيره وقدمه فى الفروع وقال قاله الأصحاب

ركعة[١] وقال القاضي ان حلف لا صليت صلاة لم يحنث حتى يفرغ مما يقع عليه اسم الصلاة[٢] وان حلف لايصلى حنث بالتكبير . وان حلف لا يهب زيدا شيئا ولا يوصى له ولا يتصدق عليه ففعل ولم يقبل زيد حنث[٣] وإن حلف لا يتصدق عليه فوهبه لم يحنث[٤] وإن حلف لا يهبه فتصدق عليه حنث[٥]وقال أبو الخطاب لا يحنث وإن أعاره لم يحنث الا عند أبي الخطاب[٦] وإن وقف عليه حنث[٧] وان وصى له لم يحنث[٨] وإن باعه وحاباه حنث

[فائدتان] لو حلف لا يصوم صوما لم يحنث حتى يصوم يوما بلا نزاع

(الثانية) لو حلف لا يحج حنث باحرامه على الصحيح من المذهب ، وقيل لا يحنث إلا بفراغ أركانه

(١) قوله « وان حلف لا يصلى الخ » يعنى بسجدتيها هذا أحد الوجوه اختاره أبو الخطاب وقال ابن منجا هذا أصح لأنه أقل ما يطلق عليه اسم الصلاة

(٢) قوله « وقال القاضي الخ » هذا المذهب لأنه يطلق عليه أنه مصل فيجب أن يكون ما هو فيه صلاة ولأنه يدخل فى الصلاة بذلك

(٣) قوله « وان حلف لا يهب زيدا شيئا الخ » هذا بلا نزاع أعلمه قاله فى الانصاف لأن ذلك لا عوض له فيحنث بالإيجاب فقط

(٤) قوله « وان حلف لا يتصدق عليه الخ » هذا المذهب لأن الصدقة نوع من الهبة ولا يحنث الحالف على نوع بفعل نوع آخر ولا يثبت للجنس حكم النوع ولهذا حرمت الصدقة على النبي ﷺ ولم تحرم الهدية

(٥) قوله « وان حلف لا يهبه الخ » هذا المذهب وعليه أكثر الاصحاب منهم القاضي والمصنف والشارح لأنه من أنواع الهبة كما لو أهدى اليه أو اعمره وقيل لا يحنث اختاره ابو الخطاب وهو ظاهر كلام أحمد فى رواية حنبل واختاره ابن عبدوس فى تذكرته وجزم به الآدمى فى منتخبه

[تنبيه] محل الخلاف فى صدقة التطوع أما الصدقة الواجبة والنذر والكفارة والضيافة الواجبة فلا يحنث به قولا واحدا

(٦) قوله « وان أعاره الخ » وهو المذهب

(٧) قوله « وان وقف عليه الخ » هذا المذهب

(٨) قوله « وان وصى له الخ » هذا بلانزاع أعلمه لأن الهبة تمليك فى الحياة

ويحتمل ان لا يحنث

فصل

القسم الثانى الاسماء الحقيقية اذا حلف لا يأكل اللحم فأكل الشحم أو المخ أو الكبد او الطحال أو القلب أو الكرش أو المصران أو الإلية والدماغ والقانصة لم يحنث[١] وإن أكل المرق لم يحنث[٢] وقد قال أحمد لا يعجبنى ،

= بخلاف الوصية

(١) قوله « إذا حلف لا يأكل اللحم الخ » وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة ومالك يحنث بأكل هذا كله لأنه لحم حقيقة ويتخذ منه ما يتخذ من اللحم فأشبه لحم الفخذ . ولنا انه لا يسمى لحما وينفرد عنه باسمه وصفته . ولو أمر وكيله بشراء لحم فاشترى هذا لم يكن ممتثلا لأمره ولا ينفذ الشراء للموكل وقد دل على ان الكبد والطحال ليس بلحم قول النبي ﷺ « أحلت لنا ميتتان ودمان أما الدمان فالكبد والطحال » وقال القاضى يحنث بأكل الشحم الذى على الظهر والجنب وفى تضاعيف اللحم وهو لحم ولا يحنث بأكله من حلف لا يأكل شحما على ما يأتى وكذلك الحكم فى أنه لا يحنث بأكله الكارع والكلية ولا يحنث فى ذلك الا ان ينوى اجتناب الدسم فان نوى ذلك حنث

[تنبيه] ظاهر كلامه انه لو أكل لحم الرأس أو لحما لا يؤكل انه يحنث وهو أحد الوجهين قال أبو الخطاب يحنث بأكل لحم الفخذ قال فى الخلاصة يحنث بأكل لحم الرأس فى الأصح قال الزركشى ظاهر كلام الخرقى أنه يحنث بأكل كل لحم فتدخل اللحوم المحرمة كلحم الخنزير ونحوه وهو أشهر الوجهين وبه قطع أبو محمد انتهى والوجه الثانى لا يحنث حتى ينويه قال الزركشى ظاهر كلام الامام احمد واختيار القاضى أنه لا يحنث بأكل خد الرأس وقال الزركشى لا يحنث بأكل الرأس على أظهر الاحتمالين

(٢) قوله « وان أكل المرق لم يحنث » هذا الصحيح من المذهب وقد قال أحمد فى رواية صالح لا يعجبنى لأن طعم اللحم قد يوجد فى المرق قال أبو الخطاب هذا على سبيل الورع قال والأقوى انه يحنث وقال ابن أبى موسى والقاضى يحنث . ولنا انه ليس بلحم حقيقة ولا يطلق على اسمه فلم يحنث به كالكبد ولا نسلم أن أجزاء اللحم فيه وانما فيه ماء اللحم ودهنه وليس ذلك بلحم

قال ابو الخطاب هذا على سبيل الورع وإن حلف لا يأكل الشحم فأكل شحم الظهر حنث[١] وان حلف لا يأكل لبنا فأكل زبدا أو سمنا أو كشكا أو مصلا أو جبنا لم يحنث[٢] وان حلف على الزبد والسمن فأكل لبنا لم يحنث[٣] وإن حلف على الفاكهة فأكل من ثمر الشجر كالموز واللوز والتمر والرمان حنث[٤]

---

(١) قوله « فان حلف لا يأكل الشحم الخ » هذا المذهب فظاهر هذا ان الشحم كل ما يذاب بالنار مما فى الحيوان والعرف يشهد لذلك وهو قول أبى يوسف ومحمد وقيل لا يحنث اختاره ابن حامد والقاضى وقال الشحم هو الذى يكون فى الجوف من شحم الكلى أو غيره قال الزركشى وهو الصواب فعلى هذا لا يحنث بأكل الإلية واللحم الأبيض. وقال القاضى أيضا وان أكل من كل شىء من الشاة من لحمها الأحمر والأبيض والالية والكبد والطحال والقلب فقال شيخنا يعنى به ابن حامد لا يحنث لأن اسم الشحم لا يقع عليه وهذا قول أبو حنيفة والشافعى

(٢) قوله « وان حلف لا يأكل لبنا الخ » وكذا لو أكل اقطا وهذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب ونص عليه فى أكل الزبد وقال القاضى يحتمل أن يقال فى الزبد ان ظهر فيه لبن حنث بأكله والا فلا كما لو حلف لا يأكل سمنا فأكل خبيصا فيه سمن وهذا مذهب الشافعى وهو ظاهر ما جزم به فى الفروع وظاهر ما جزم به المصنف وغيره فى قوله اذا حلف لا يأكل شيئا فأكله مستهلكا فى غيره

(٣) قوله « وان حلف على الزبد الخ » هـــذا المذهب لأنه لا يسمى زبداً ولا سمناً

(٤) قوله « وان حلف على الفاكهة الخ » ان أكل من ثمر الشجر رطبا حنث بلا نزاع وان أكل منه يابسا كحب الصنوبر والعناب والزبيب والتمر والمشمش اليابس والأجاص ونحوه حنث على الصحيح من المذهب وبهذا قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة وأبو ثور لا يحنث بأكل ثمرة النخل والرمان لقول الله تعالى ﴿ فيهما فاكهة ونخل ورمان ﴾ والمعطوف يغاير المعطوف عليه . ولنا أنهما ثمرة شجرة يتفكه بهما فكانا من الفاكهة كسائر الأثمار ولأنهما فاكهة فى عرف الناس

[فائدتان] الزيتون ليس من الفاكهة وكذا البلوط وسائر ثمر الشجر البرى الذى لا يستطاب كالزعرور الأحمر وثمر القبقب والعفص وحب الآس ونحوه

وإن أكل البطيخ حنث ويحتمل أن لا يحنث[١] ، ولا يحنث بأكل القثاء والخيار[٢] وإن حلف لا يأكل رطبا فأكل مذنبا حنث[٣] وإن أكل تمرا أو بسرا أو حلف لا يأكل تمرا فأكل رطبا أودبسا او ناطفا لم يحنث[٤] وإن حلف لا يأكل أدما حنث بأكل الشواء والبيض والجبن والملح والزيتون واللبن وسائر ما يصطبغ به وفى التمر وجهان وإن حلف لا يلبس شيئا فلبس ثوبا أو درعا أو جوشنا أو خفا أو نعلا حنث وإن حلف لا يلبس حليا فلبس حلية ذهب أو فضة أو جوهر حنث وإن لبس عقيقا أو سبجا لم يحنث وإن لبس الدراهم والدنانير فى مرسلة فعلى وجهين وإن حلف لا يركب دابة فلان ولا يلبس ثوبه ولا يدخل داره فركب دابة عبده ولبس ثوبه ودخل داره أو فعل ذلك فيما استأجره فلان حنث[٥] وان ركب دابة استعارها لم يحنث

(الثانية) الثمرة تطلق على الرطبة واليابسة شرعا ولغة

(١) قوله « وان أكل البطيخ حنث » هذا المذهب اختاره القاضى وغيره وجزم به فى الهداية وغيرها لأنه ينضج ويحلو أشبه ثمر الشجر . ويحتمل أن لا يحنث لأنه ثمر بقلة كالخيار

(٢) قوله « ولا يحنث بأكل القثاء والخيار » هذا بلا نزاع وكذا لا يحنث بأكل القرع والباذنجان لأنهما من الخضر وكذا لا يحنث بأكل ما يكون فى الارض كالجزر واللفت الفجل والقلقاس والسوطل ونحوه

(٣) قوله « وان حلف لا يأكل رطبا الخ » المذنب هو الذى بدأ فيه الإرطاب من ذنبه وباقيه بسر ، أو منصفا وهو الذى بعضه بسر وبعضه رطب ، أو لا يأكل بسرا فأكل ذلك حنث وهذا المذهب وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد والشافعى وقال أبو يوسف وبعض أصحاب الشافعى لا يحنث لأنه لا يسمى رطبا ولا تمرا وبه قال ابن عقيل ولنا أنه أكل رطبا وبسرا فحنث

(٤) قوله « وان أكل تمرا أو بسرا الخ » هذا المذهب وعليه الاصحاب وذكر فى المبهج رواية بأنه يحنث اذا حلف لا يأكل رطبا وأكل تمرا وان حلف لا يأكل عنبا فأكل زبيبا لم يحنث بغير خلاف

(٥) قوله « وان حلف لا يركب دابة فلان الخ » هذا بلا نزاع وبه قال أبو

وإن حلف لا يركب دابة عبده فركب دابة جعلت برسمه حنث . وإن حلف لا يدخل دارا فدخل سطحها حنث(١)وإن دخل طاق الباب احتمل وجهين(٢) وإن حلف لا يكلم انسانا حنث بكلام كل انسان(٣)وإن زجره فقال تنح أو

= ثور وأصحاب الرأى وقال الشافعى لا يحنث إلا بدخول دار يملكها لان الاضافة حقيقة الى المالك ولنا أن الدار تضاف الى ساكنها كإضافتها إلى مالكها قال الله تعالى ﴿ لا تخرجوهن من بيوتهن ﴾ وأراد بيوت أزواجهن اللاتى يسكنها وقال تعالى ﴿ وقرن فى بيوتكن ﴾ وأما اذا ركب دابة عبده أو لبس ثوبه أو دخل داره فانه يحنث لأن ما فى يد العبد لسيده وبه قال أبو حنيفة والشافعى ولا نعلم فيه خلافا فيما اذا حلف لا يدخل دار زيد فدخل دار عبده فان حلف لا يلبس ثوب السيد ولا يركب دابته فلبس ثوب عبده وركب دابته حنث وهو قول الشافعى وقال أبو حنيفة لا يحنث لأن العبد بهما أخص

(١) قوله « وان حلف لا يدخل دارا الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب وبه قال مالك وأبو ثور وأصحاب الرأى وقال الشافعى لايحنث ولأصحابه فيما اذا كان السطح محجراً وجهان واحتجوا بأن السطح يقيها الحر والبرد ويحرزها ولنا أن سطح الدار منها وحكمه حكمها فحنث بدخوله كالمحجر

(٢) قوله « وان دخل طاق الباب الخ » هذه المسئلة من جملة مسائل من حلف على فعل شيء ففعل بعضه على ما تقدم فى آخر تعليق الطلاق بالشروط وقد صرح بهذه المسئلة المصنف هناك ، أحدهما يحنث بذلك مطلقا وهو ظاهر ما اختاره الأكثر هناك لأنه دخل فى حدها ، والثانى لايحنث به مطلقا وهذا المذهب على ماتقدم لأنه لا يسمى داخلا

(٣) قوله « وان حلف ان لا يكلم إنسانا الخ » هذا بلا نزاع ولوصلى به اماما ثم سلم من الصلاة لم يحنث نص عليه وان ارتج عليه فى الصلاة ففتح عليه الحالف لم يحنث بذلك

[فائدة] لو كاتبه أو أرسل اليه رسولا حنث الا أن يكون أراد أن لا يشافهه وروى الأثرم عنه ما يدل على انه لا يحنث بالمكاتبة الا أن تكون نيته أو سبب يمينه يقتضى هجرانه وترك صلته واختاره المصنف والشارح وبه قال ابو حنيفة =

اسكت حنث[١] وإن حلف لا يبتديه بكلام فتكلما معا حنث[٢] وان حلف لا يكلمه حينا فذلك ستة أشهر نص عليه[٣] وإن قال زمنا أو دهرا أو بعيدا

ـــ والشافعي وابن المنذر لأن ذلك ليس بتكليم فى الحقيقة ولهذا يصح نفيه فيقال ماكلمته وانما كاتبته أو راسلته واحتج الأصحاب بقوله تعالى ﴿ وما كان لبشر أن يكلمه الله إلا وحيا أو من وراء حجاب أو يرسل رسولا فيوحى بإذنه ما يشاء ﴾ فاستثنى الرسول من التكليم ، والأصل ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه وبهذا قال مالك والشافعي فى القديم ، وان أشار اليه ففيه وجهان أحدهما يحنث اختاره القاضى لأنه فى معنى المكاتبة والمراسلة فى الافهام والثانى لا يحنت اختاره ابو الخطاب واليه ميل المصنف والشارح لأنه ليس بكلام قال الله تعالى لمريم ﴿فقولى انى نذرت للرحمن صوما فلن أكلم اليوم إنسيا ـ الى قوله ـ فأشارت اليه ﴾

(١) قوله « وان زجره الخ » هذا المذهب وقال أصحاب أبى حنيفة لا يحنث بالكلام القليل لأن هذا من تمام الكلام الأول والذى تقتضيه يمينه أن لا يكلمه كلاما مستأنفا ولنا ان هذا الكلام كلام منه حقيقة وقد وجد بعد يمينه فيدخل فيما حلف على عدمه وقال المصنف والشارح قياس المذهب ان لا يحنث لأن صلة هذا الكلام بيمينه قرينة تدل على ارادة كلام يستأنفه بعد انقضاء هذا الكلام المتصل فلا يحنث به كما لو وجدت النية حقيقة وان نوى كلاما غير هذا لم يحنث

(٢) قوله « وان حلف لا يبتدئه بكلام الخ » هذا أحد الوجهين والمذهب منهما لأن كل واحد منهما مبتدىء إذا لم يتقدمه كلام سواه

[فائدة] لو حلف لا كلمته حتى يكلمنى أو يبدأنى بالكلام فتكلما معا حنث على الصحيح من المذهب

(٣) قوله « وان حلف لا يكلمه حينا الخ » هذا المذهب مطلقا نص عليه وروى ذلك عن ابن عباس وبه قال أصحاب الرأى وقيل إن عرفه فللأبد كالدهر والعمر وقال مجاهد والحكم وحماد ومالك هو سنة لقوله تعالى ﴿ تؤتى أكلها كل حين بإذن ربها ﴾ أى كل عام وقال الشافعى وأبو ثور ليس بمقدر ويبر بأدنى زمن لأن الحين اسم مبهم يقع على الكثير والقليل قال الله تعالى ﴿ ولتعلمن نبأه بعد حين ﴾ قيل أراد يوم القيامة وقال تعالى ﴿ هل أتى على الإنسان حين من الدهر ﴾ وقال تعالى ﴿فذرهم فى غمرتهم حتى حين﴾ وقال تعالى ﴿ حين تمسون ـــ

أو مليا أو الزمان رجع الى أقل ما يتناوله اللفظ[١] وإن قال عمرا احتمل ذلك واحتمل أن يكون أربعين عاما وقال القاضى هذه الألفاظ كلها مثل الحين الا بعيدا ومليا فانه على أكثر من شهر[٢] وان قال الابد والدهر فذلك على الزمان كله[٣] والحقب ثمانون سنة[٤] والشهور اثنا عشر شهرا عند القاضى[٥] وعند أبى الخطاب ثلاثة كالأشهر[٦] والأيام ثلاثة[٧] وان حلف

= وحين تصبحون ﴾ ولنا أن الحين المطلق فى كلام الله تعالى أقله ستة أشهر قال عكرمة وسعيد بن جبير وأبو عبيد فى قوله تعالى ﴿ تؤتى أكلها كل حين باذن ربها ﴾ أى ستة أشهر فيحمل مطلق كلام الآدمى على مطلق كلام الله تعالى

[تنبيه] محل الخلاف اذا أطلق ولم ينو شيئا

(١) قوله « وان قال زمنا الخ » وكذا طويلا وهذا الصحيح من المذهب وكذلك وقتا أو قريبا وهذا مذهب الشافعى لأن هذه الأشياء لا حد لها فى اللغة وتقع على القليل والكثير فوجب حمله على أقل ما يتناوله الاسم

(٢) قوله « ولو قال عمرا احتمل ذلك » يعنى انه كزمن ودهر وهو الصحيح من المذهب واحتمل أن يكون أربعين عاما لقوله تعالى ﴿ فقد لبثت فيكم عمرا من قبله ﴾ وكان ذلك أربعين سنة قال المصنف والشارح هذا قول حسن

(٣) قوله « وان قال الأبد الخ » يعنى معرفا بالألف واللام فذلك على الزمان كله وكذا العمر على الصحيح من المذهب جزم به فى المغنى والمحرر والشرح لأن الالف واللام للاستغراق فتقتضى الدهر كله

(٤) قوله « والحقب ثمانون سنة » وقال مالك أربعون عاما لأن ذلك يروى عن ابن عباس رضى الله عنهما. وقال القاضى وأصحاب الشافعى هو أدنى زمان لانه لم ينقل فيه عن أهل اللغة تقدير . ولنا ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال فى تفسير قوله تعالى ﴿ لابثين فيها أحقابا ﴾ الحقب ثمانون سنة

(٥) قوله « والشهور اثنا عشرا شهرا عند القاضى » لقوله تعالى ﴿ إن عدة الشهور عند الله إثنا عشر شهرا ﴾

(٦) قوله « وعند أبى الخطاب الخ » هذا المذهب لأنها أقل الجمع ولأن جمع الكثرة يستعمل بمعنى جمع القلة كقوله تعالى ﴿ ثلاثة قروء ﴾

(٧) قوله « والايام الخ » أى لانها أقل الجمع قال الله تعالى ﴿ واذكروا الله فى أيام معدودات ﴾ وهى أيام التشريق

لا يدخل باب هذه الدار فحول فدخله حنث[١] وإن حلف لا يكلمه الى حين الحصاد انتهت يمينه بأوله[٢] ويحتمل ان يتناول جميع مدته[٣] وان حلف لا مال له وله مال غير زكوى أو دين على الناس حنث واذا حلف لا يفعل شيئا فوكل من يفعله حنث الا أن ينوى[٤]

فصل

فاما الأسماء العرفية فهى أسماء اشتهر مجازها حتى غلب على الحقيقة كالراوية والظعينة والدابة والغائط والعذرة ونحوها فتتعلق اليمين بالعرف دون الحقيقة[٥] وان حلف على وطء امرأته تعلقت يمينه بجماعها[٦] وان حلف

---

(١) قوله « وان حلف لا يدخل باب الخ » هذا المذهب وعليه الاصحاب

(٢) قوله « وان حلف لا يكلمه إلا حين الحصاد الخ » هذا المذهب بلا ريب وعليه الاصحاب لان إلى لانتهاء الغاية فتنتهى عند أولها لقوله تعالى ﴿ ثم أتموا الصيام إلى الليل ﴾

(٣) قوله « ويحتمل الخ » لأن الى تستعمل بمعنى مع كقوله تعالى ﴿ ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم ﴾

(٤) قوله « واذا حلف لا يفعل شيئا الخ » هذا المذهب مطلقا وعليه جماهير الاصحاب ونص عليه لأن الفعل ينسب الى الموكل كما ينسب الى الوكيل فيحنث كما لو حلف لا يحلق رأسه فأمر بحلقه فانه يحنث وكذا تجب الفدية على من حلق رأسه فى الاحرام بإذنه

(٥) قوله « فأما الأسماء العرفية الخ » أى لأن الراوية اسم للمزادة فى العرف وفى الحقيقة للجمل الذى يستقى عليه والغائط والعذرة فى العرف للخارج المستقذر وفى الحقيقة الغائط المكان المطمئن والعذرة فناء الدار والظعينة فى العرف للمرأة وفى الحقيقة الناقة لأنها يظعن عليها والدابة فى الحقيقة كل ما يدب قال الله تعالى ﴿ والله خلق كل دابة من ماء ﴾ وفى العرف اسم للخيل والبغال والحمير فلهذا قلنا اليمين تنصرف الى العرف دون الحقيقة لأنه يعلم ان الحالف لا يريد غيره

(٦) قوله « واذا حلف على وطء امرأته الخ » لا نعلم فيه خلافا لانه الذى ينصرف اللفظ فى العرف اليه

على وطء دار تعلقت بدخولها راكبا أو ماشيا أو حافيا أو منتعلا[١] وإن حلف لا يشم الريحان فشم الورد والبنفسج والياسمين او لا يشم الورد والبنفسج فشم دهنهما او ماء الورد فالقياس انه لا يحنث[٢] وقال بعض أصحابنا يحنث[٣] وان حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا حنث عند الخرقي ولم يحنث عند ابن أبي موسى[٤] وان حلف لا يأكل رأسا ولا بيضا حنث بأكل رءوس الطيور والسمك وبيض السمك والجراد عند القاضي[٥] وعند أبي الخطاب لا يحنث الا بأكل رأس جرت العادة بأكله منفردا أو بيض يزايل بائضه حال الحياة[٦]

---

(١) قوله « وان حلف على وطء دار الخ » لا نعلم فيه خلافا أى لانها غير قابلة للجماع فتعلق يمينه بدخولها

(٢) قوله « فالقياس انه لا يحنث » اختاره القاضي والمصنف والشارح وجزم به في الوجيز أى لانه المسمى عرفا فتختص يمينه بالريحان الفارسي وهذا مذهب الشافعي لان الحالف فى الظاهر لا يريد بيمينه سواه

(٣) قوله « وقال بعض اصحابنا يحنث » هذا المذهب لان الشم انما هو للرائحة دون الذات وعلم منه أنه لا يحنث بشم الفاكهة وجها واحدا

(٤) قوله « وان حلف لا يأكل لحما الخ » ما قاله الخرقي هو المذهب وبه قال قتادة والثوري ومالك وأبو يوسف وعند ابن أبي موسى لا يحنث إلا أن ينوى وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وأبي ثور لانه لا ينصرف اليه إطلاق اسم اللحم ولو وكل وكيلا فى شراء اللحم فاشترى له سمكا لم يلزمه ولنا قوله تعالى ﴿ وهو الذى سخر البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً ﴾ ولانه جسم حيوان يسمى لحما فحنث بأكله وتقديما للشرح واللغة

(٥) قوله « وان حلف لا يأكل رأسا الخ » ما قاله القاضي هو المذهب لعموم الاسم فيه حقيقة وعرفا أشبه ما لو حلف لا يشرب ماء فانه لا يحنث بشرب الماء الملح والنجس

(٦) قوله « وعند أبي الخطاب الخ » واختاره المصنف والشارح فى البيض وهو قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأى وأكثر العلماء لان هذا لا يفهم من =

وان حلف لا يدخل بيتا فدخل مسجدا أو حماما أو بيت شعر أو أدم او لا يركب فركب سفينة حنث عند أصحابنا ويحتمل ان لا يحنث[١] وان حلف لا يتكلم فقرأ أو سبح أو ذكر الله تعالى لم يحنث[٢] وان دق عليه انسان فقال

= اطلاق البيض ولا يذكر الامضافا الى بايضه وقال الشافعي لا يحنث الا بأكل رءوس بهيمة الانعام دون غيرها الا أن يكون ببلد يكثر فيه الصيود وتميز رءوسها فيحنث بأكلها وقال ابو حنيفة لا يحنث بأكل رءوس الابل لان العادة لم تجر ببيعها للأكل وقال صاحباه لا يحنث إلا بأكل رءوس الغنم

(١) قوله « وان حلف لا يدخل بيتاً الخ » الاول المذهب نص عليه تقديما للشرع واللغة قال الشارح إذا دخل مسجداً أو حماما حنث ويحتمل أن لا يحنث وهو قول أكثر الفقهاء لانه لا يسمى بيتا فى العرف والاول المذهب لانهما بيتان حقيقة وقد سمى الله المساجد بيوتا فقال تعالى ﴿ فى بيوت أذن الله أن ترفع ﴾ وروى فى الحديث « بئس البيت الحمام» وان دخل بيت شعر أو ادم حنث سواء كان الحالف حضريا أو بدويا فان اسم البيت يقع عليه حقيقة قال الله تعالى ﴿ والله جعل لكم من بيوتكم سكنا وجعل لكم من جلود الانعام بيوتا ﴾ وأما مالا يسمى فى العرف بيتا كالخيمة فالاولى أن لا يحنث بدخوله من لا يسميه بيتا لان يمينه لا تنصرف اليه . انتهى

(٢) قوله « وان حلف لا يتكلم الخ » هذا المذهب وعليه الاصحاب وبه قال الشافعي إذا قرأ وقال أبو حنيفة ان قرأ فى الصلاة لم يحنث وان قرأ خارجا منها حنث لأنه يتكلم بكلام الله تعالى ومقتضى مذهب أبى حنيفة أنه يحنث اذا ذكر الله تعالى وتوقف فيه أحمد فى رواية لقوله تعالى ﴿ والزمهم كلمة التقوى ﴾ وقال عليه الصلاة والسلام «كلمتان خفيفتان على اللسان ثقيلتان فى الميزان سبحان الله وبحمده سبحان الله العظيم » ولنا ان الكلام فى العرف لا يطلق الا على كلام الآدميين ولهذا قال ﷺ « ان الله يحدث من أمره ما يشاء وقد أحدث أن لا تتكلموا فى الصلاة » ولم يتناول المختلف فيه وقال زيد بن أرقم كنا نتكلم فى الصلاة حتى نزلت ﴿ وقوموا لله قانتين ﴾ فأمرنا بالسكوت ونهينا عن الكلام وقال تعالى ﴿ آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزاً واذكر ربك كثيراً وسبح بالعشى والابكار ﴾ فأمره بالتسبيح مع قطع الكلام عنه

ادخلوها بسلام آمنين يقصد تنبيهه لم يحنث[1] وان حلف لا يضرب امرأته فخنقها أو نتف شعرها أو عضها حنث[2] وان حلف ليضربنه مائة سوط فجمعها فضربه بها ضربة واحدة لم يبر في يمينه[3]

فصل

وإن حلف لا يأكل شيئا فأكله مستهلكا في غيره[4] مثل ان لا يأكل لبنا فأكل زبدا أو لا يأكل سمنا فأكل خبيصا فيه سمن لا يظهر طعمه[5] أو لا يأكل بيضا فأكل ناطفا[6] أو لا يأكل شحما فأكل اللحم الأحمر[7] أو لا

---

(١) قوله « وان استأذن عليه الخ » هذا المذهب لأن هذا من القرآن وان لم يقصد القرآن حنث لأنه من كلام الناس

(٢) قوله « وان حلف لا يضرب امرأته الخ » أي لأنه يقصد ترك تأليمها وقد آلمها

(٣) قوله « وان حلف ليضربنه الخ » هذا المذهب وبه قال مالك وأصحاب الرأي وعنه يبر اختاره ابن حامد وقال لأن أحمد قال في المريض عليه الحد يضرب بعثكال النخل يسقط عنه الحد وبه قال الشافعي إذا علم أنها مسته كلها وان شك لم يحنث في الحكم

(٤) قوله « وان حلف لا يأكل شيئاً الخ » شمل كلام المصنف مسائل منها إذا حلف لا يأكل لبنا فانه يحنث بأكل كل لبن ولو من صيد وآدمية على الصحيح من المذهب وعليه الاصحاب ، وان أكل زبداً لم يحنث على الصحيح من المذهب كما قطع به المصنف هنا إذا لم يظهر فيه طعمه ونص عليه لأنه لم يأكل لبنا وجزم المصنف قبل ذلك بأنه لا يحنث مطلقا وذكر الذي ذكره هنا احتمالا للقاضي ولعل كلام الأصحاب في تلك المسئلة محمول على ما إذا لم يظهر فيه طعمه كما صرحوا به هنا أو يقال الزبد ليس فيه شيء من اللبن مستهلكا

(٥) قوله « لو حلف لا يأكل سمناً الخ » بلا خلاف نعلمه

(٦) قوله « لو حلف لا يأكل بيضاً الخ » قولا واحداً

(٧) قوله « لو حلف لا يأكل شحما الخ » الصحيح من المذهب أنه لا يحنث

لا يأكل شعيرا فأكل حنطة فيها حبات شعير لم يحنث[1] وإن ظهر طعم السمن أو طعم شيء من المحلوف عليه حنث وقال الخرقى يحنث بأكل اللحم الأحمر وحده وقال غيره يحنث بأكل حنطة فيها حبات شعير

فصل

وإن حلف لا يأكل سويقا فشربه أو لا يشربه فأكله فقال الخرقى يحنث[2] وقال أحمد فيمن حلف لا يشرب نبيذا فثرد فيه وأكله لا يحنث فيخرج فى كل ما حلف لا يأكله فشربه او لا يشربه فأكله وجهان . وقال القاضى إن عين المحلوف عليه حنث وان لم يعينه لم يحنث وان حلف لا

= قال الشارح هو قول غير الخرقى من أصحابنا لأنه لا يسمى شحما ولا يظهر فيه طعمه ولا لونه والذى يظهر فى المرق قد فارق اللحم فلا يحنث بأكل اللحم الذى كان فيه

(١) قوله « لو حلف لا يأكل شعيراً » فالصحيح من المذهب أنه لا يحنث لأنه مستهلك فى الحنطة أشبه السمن فى الخبيص وقال غير الخرقى يحنث قال فى الخلاصة والترغيب حنث فى الأصح لأنه أكل شعيراً أشبه ما لو أكله منفردا

(٢) قوله « وان حلف لا يأكل سويقا الخ » إذا حلف لا يأكل شيئا فشربه أو لا يشربه فأكله فقد نقل عن أحمد ما يدل على أنه على روايتين احداهما يحنث لأن اليمين على ترك أكل شيء أو شربه يقصد بها فى العرف اجتناب ذلك الشيء فحملت اليمين عليه ألا ترى أن قوله تعالى ﴿ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم﴾ وقوله تعالى ﴿ ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما ﴾ لم يرد به الاكل على الخصوص ولو قال طبيب لمريض لا تأكل العسل لكان ناهيا عن شربه . والثانية لا يحنث وهو مذهب الشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى لأن الأفعال أنواع كالاعيان ولو حلف على نوع من الاعيان لم يحنث بغيره كذلك الأفعال

[فائدة] اذا حلف لا شرب شيئا فمصه ورمى به فقد روى عن أحمد رحمه الله تعالى فيمن حلف لا يشرب فمص قصب السكر لا يحنث وهذا قول أصحاب الرأى وكذا لو مص حب الرمان ورمى بالتفل وهذا المذهب اختاره ابن أبى موسى وغيره ويجيء على قول الخرقى أنه يحنث وهو رواية عن احمد وكذا الحكم لو حلف لا يأكل فمصه

يطعمه حنث بأكله وشربه[1] وإن ذاقه ولم يبتلعه لم يحنث[2] وان حلف لا يأكل مائعا فأكله بالخبز حنث

فصل

وإن حلف لا يتزوج ولا يتطهر ولا يتطيب فاستدام ذلك لم يحنث[3] وإن حلف لا يركب ولا يلبس فاستدام ذلك حنث[4] وإن حلف لا يدخل دارا هو داخلها فاقام فيها حنث عند القاضي[5] ولم يحنث عند أبي الخطاب وان

---

(١) قوله «وان حلف لا يطعمه الخ» هذا بلا نزاع لان ذلك كله طعم قال الله تعالى فى النهر ﴿ ومن لم يطعمه فانه منى ﴾

(٢) قوله «وان ذاقه الخ» بلا نزاع لأنه ليس بأكل ولا شرب ولذلك لا يفطر به الصائم

(٣) قوله «وان حلف لا يتزوج الخ» قطع بذلك الاصحاب قال الشارح لم يحنث فى قولهم جميعا لانه لا يطلق اسم الفعل على مستديم هذه الثلاثة فلا يقال تزوجت شهرا ولا تطهرت شهرا ولا تطيبت شهرا وانما يقال منذ شهر ولم ينزل الشارع استدامة التزويج والطيب منزلة ابتدائهما فى تحريمه فى الاحرام

(٤) قوله «وان حلف لا يركب ولا يلبس الخ» هذا المذهب وعليه الاصحاب وقطع به أكثرهم وبه قال الشافعى وأصحاب الرأى وقال أبو ثور لا يحنث باستدامة اللبس والركوب حتى يبتدئه لانه لو حلف أن لا يتزوج ولا يتطهر فاستدام ذلك لم يحنث كذا ههنا . ولنا أن استدامة اللبس والركوب يسمى ركوبا ولبسا ويسمى لابسا وراكبا ولذلك يقال لبست هذا الثوب شهرا وركبت دابتى يوما فحنث باستدامته وفارق التزويج فانه لا يطلق على الاستدامة فلا يقال تزوجت شهرا وانما يقال منذ شهر ولهذا لم تحرم استدامته فى الاحرام ويحرم ابتداؤه

[فائدة] وكذا الحكم لا يلبس من غزلها وعليه منه شىء نص عليه وكذا لو حلف لا يقوم وهو قائم ولا يقعد وهو قاعد ولا يسافر وهو مسافر أو حلف لا يضاجعها على فراش فضاجعته ودام نص عليه أو حلف لا يشاركه فدام

(٥) قوله «وان حلف لا يدخل داراً الخ» المذهب قول القاضى لأن استدامة المقام فى تلك العين كابتدائه فى التحريم قال أحمد فى رجل حلف على امرأته =

حلف لا يدخل على فلان بيتا فدخل فلان عليه فاقام معه فعلى الوجهين[1] وإن حلف لا يسكن دارا أو لا يساكن فلانا وهو مساكنه فلم يخرج فى الحال حنث[2] الا أن يقيم لنقل متاعه أو يخشى على نفسه الخروج فيقيم الى أن يمكنه فان خرج دون متاعه وأهله حنث الا أن يودع متاعه أو يعيره وتأبى امرأته الخروج معه ولا يمكنه اكراههـــا فيخرج وحده فلا يحنث وان حلف لا

ــــ لادخلت أنا وأنت هذه الدار وهما جميعا فيها قال أخاف أن يكون قد حنث والثانى لا يحنث وهو قول أصحاب الرأى لأن الدخول لا يستعمل فى الاستدامة ولهذا يقال دخلتها منذ شهر ولا يقال دخلتها شهراً

(١) قوله « وان حلف لا يدخل على فلان الخ » أحدهما يحنث قال فى الفروع حنث فى الأصح وصححه فى التصحيح وجزم به فى الوجيز ومنتخب الأدمى لأن الاقامة ههنا كالاقامة فى المسئلة التى قبلها فيحنث ان لم يكن له نية

[تنبيه] محل الخلاف فى المسئلتين ان لم يكن له نية

(٢) قوله « وان حلف لايسكن دارا الخ » إذا حلف لايسكن دارا هو ساكنها خرج من وقته فان أقام فيها بعد يمينه زمنا يمكنه الخروج فيه حنث وهذا المذهب ، لأن استدامة السكنى سكنى كابتدائها فى وقوع السكنى عليها ألا تراه يقول سكنت هذه الدار شهرا كما يقال لبست هذا الثوب شهرا وبهذا قال الشافعى فان أقام لنقل قماشه ومتاعه وأهله لم يحنث لأن الانتقال لا يكون الا بالأهل والمال فيحتاج أن ينقل ذلك معه حتى يكون منتقلا وهذا المذهب وحكى عن مالك انه ان أقام دون اليوم والليلة لم يحنث لأن ذلك قليل يحتاج فيه الى الانتقال وعن زفر انه قال يحنث وان انتقل فى الحال لأنه لابد أن يكون ساكنا عقيب يمينه ولو لحظه وبما قلنا قال أبو حنيفة وقال الشافعى إذا أقام لنقل أهله ومتاعه حنث فعلى ما قلنا لو خرج بنفسه وترك أهله وماله فى المسكن مع امكان نقلهم حنث وهو المذهب وقال الشافعى لا يحنث إذا خرج بنية الانتقال لأنه اذا خرج بنية الانتقال فليس بساكن لأنه يجوز أن يريد السكنى وحده دون أهله وماله . ولنا أن السكنى انما تكون بالأهل والمال ولهذا يقال فلان ساكن فى البلد الفلانى وهو غائب عنه بنفسه وحكى عن مالك انه اعتبر نقل عياله دون ماله قال الشارح والأولى ان شاء الله انه اذا انتقل بأهله فسكن فى موضع آخر أنه لايحنث وان بقى متاعه فى الدار الاولى ــــ

يساكن فلانا فبنيا بينهما حائطا وهما متساكنان حنث[1] وان كان فى الدار حجرتان كل حجرة تختص ببنائها ومرافقها فسكن كل واحد حجرة لم يحنث[2]

=لان مسكنه حيث حل به ونوى الاقامة انتهى واختاره المصنف وقيل أو خرج وحده بما يتأثث به فلا يحنث اختاره القاضى

[فائدة] اذا أكره على المقام لم يحنث لقوله ﷺ « عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » وكذلك ان كان فى جوف الليل فى وقت لا يجد منزلا يتحول اليه أو يحول بينه وبين المنزل أبواب مغلقة لا يمكنه فتحها أو خوف على نفسه أو أهله أو ماله فأقام فى طلب النقلة أو انتظار زوال المانع أو خرج طالبا للنقلة فتعذرت عليه اما لكونه لم يجد مسكنا لتعذر الكراء أو غيره أو لم يجد بهائم ينقل عليها متاعه ولا يمكنه النقلة بدونها فأقام ناويا للنقلة متى قدر عليها لم يحنث وان أقام أياما وليالى لأن الاقامة بغير اختيار منه ويكون نقله لما يحتاج اليه على ما جرت العادة بنقله فلو كان ذا متاع كثير فنقله قليلا قليلا على العادة بحيث لا يترك النقل المعتاد لم يحنث وان أقام أياما ولا يلزمه جمع دواب البلد لنقله ولا النقل بالليل ولا وقت الاستراحة من التعب ولا أوقات الصلوات لان العادة لم تجر بالنقل فيها

(١) قوله « وان حلف لا يساكن فلانا الخ » هذا المذهب اذا كانا فى دار حالة اليمين وتشاغلا ببناء الحائط لانهما متساكنان قبل انفراد احدى الدارين من الاخرى وهذا قول الشافعى قال الشارح ولا نعلم فيه خلافا

(٢) قوله « وان كان فى الدار حجرتان الخ » هذا المذهب لان كل واحد ساكن فى حجرته قال فى الفروع لم يحنث اذا لم يكن نية ولا سبب

[فائدة] لو حلف لا ساكنت فلانا فى هذه الدار فقسماها حجرتين وبنيا بينهما حائطا وفتح كل واحد منهما بابا لنفسه وسكنا فيهما لم يحنث وهذا الصحيح من المذهب وهو قول الشافعى وابن المنذر وأبى ثور وأصحاب الرأى . وقال مالك لا يعجبنى ذلك قال الشارح ويحتمله قياس المذهب لكونه عين الدار فلا تنحل يمينه بتغيرها كما لو حلف لا يدخلها فصارت فضاء قال والأول أصح

وإن حلف ليخرجن من هذه البلدة فخرج وحده دون أهله بر[1] وان حلف ليخرجن من الدار فخرج دون أهله لم يبر[2] وان حلف ليخرجن من هذه البلدة أو ليرحلن عن هذه الدار ففعل فهل له العود اليها ؟ على روايتين[3]

فصل

اذا حلف لا يدخل دارا فحمل فادخلها ويمكنه الامتناع فلم يمتنع أو حلف لا يستخدم رجلا فخدمه وهو ساكت فقال القاضي يحنث ويحتمل ان لا يحنث[4] وإن حلف ليشربن الماء أو ليضربن غلامه غدا فتلف المحلوف عليه قبل الغد حنث عند الخرقي ويحتمل أن لا يحنث[5] وإن مات الحالف لم

---

(١) قوله « وان حلف ليخرجن من هذه البلدة الخ » هذا المذهب المشهور لأن حقيقة الخروج لم يعارضها معارض وقيل لا يبر بخروجه وحده

(٢) قوله « وان حلف ليخرجن من هذه الدار الخ » هذا المذهب لأن الدار يخرج منها صاحبها كل يوم عادة وظاهر حاله ارادة خروج غير المعتاد بخلاف البلد

[فائدة] مثل ذلك فى الحكم لو حلف لا ينزل فى هذه الدار ولا يأويها نص عليهما وكذا لو حلف ليرحلن من البلد

(٣) قوله « وان حلف ليخرجن من هذه البلدة الخ » احداهما له العود ولا يحنث إذا لم يكن نية ولا سبب وهو المذهب لأن يمينه على الخروج وقد خرج فانحلت يمينه واذا كان كذلك صار بمنزلة من لم يحلف والثانية يحنث لأن ظاهر حاله قصد هجران ما حلف على الرحيل منه

(٤) قوله « إذا حلف لا يدخل داراً الخ » ما قاله القاضى هو المذهب ونص عليه أحمد لأنه فى الاولى دخلها غير مكره فأشبه ما لو حمل بأمره وفى الثانية لأنه قصد اجتناب خدمته ولم يحصل

(٥) قوله « وان حلف ليشربن الماء الخ » ما قاله الخرقى هو المذهب نص عليه وهو من مفردات المذهب ويحلف حال تلفه على الصحيح من المذهب نص عليه

يحنث[1] وإن حلف ليقضينه حقه فابر أه فهل يحنث؟ على وجهين وان مات المستحق فقضى ورثته لم يحنث وقال القاضي يحنث وان باعه بحقه عرضا لم يحنث عند ابن حامد وحنث عند القاضي وان حلف ليقضينه حقه عند رأس الهلال فقضاه عند غروب الشمس فى أول الشهر بر وان حلف لا فارقته حتى استوفى حق فهرب منه حنث نص عليه وقال الخرقى لا يحنث وان فلسه الحاكم فحكم عليه بفراقه خرج على الروايتين وان حلف لا افترقنا فهرب منه حنث وقدر الفراق ماعده الناس فراقا كفرقة البيع . والله أعلم

باب النذر[2]

وهو ان يلزم نفسه لله شيئا ، ولا يصح الا مـــــــــــــن

[تنبيه] محل الخلاف فى أصل المسئلة اذا تلف بغير اختيار الحالف ، فأما ان تلف باختياره كما لو قتله ونحوه فانه يحنث قولا واحداً

[فائدة] مفهوم كلامه انه لو تلف فى الغد ولم يضربه انه يحنث وشمل صورتين احداهما أن لا يتمكن من ضربه فى الغد فهو كما لو مات من يومه على ما تقدم قاله المصنف والشارح ، الثانية أن يتمكن من ضربه ولم يضربه فهذا يحنث قولا واحداً

[فائدة] لو ضربه قبل الغـــد لم يبر على الصحيح من المذهب قدمه فى المغنى والشرح ونصراه وهو قول أصحاب الشافعى ، وقال القاضي وأصحاب أبى حنيفة يبر لأن يمينه للحث على ضربه فاذا ضربه اليوم فقد فعل المحلوف وزيادة

[فوائد] لو ضربه بعد موته لم يبر لأن اليمين تنصرف الى ضربه حيا يتألم بالضرب

(الثانية) لو ضربه ضربا لا يؤلمه لم يبر أيضا

(الثالثة) لو جن الغلام وضربه بر

(١) قوله « وان مات الحالف لم يحنث » أما اذا مات قبل الغد فانه لايحنث على الصحيح من المذهب

(٢) والأصل فيه بعد الاجماع قوله تعالى﴿يوفون بالنذر. وليوفوا نذورهم﴾ =

مكلف[١] مسلما كان أو كافرا[٢] ولا يصح الا بالقول فان نواه من غير قول لم يصح[٣] ولا يصح فى محـــــــال[٤] ولا

ـــــــــــــــــــ

= وقوله عليه الصلاة والسلام « من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه » رواه البخارى من حديث عائشة رضى الله عنها ويتعين الوفاء به وهو مكروه على الصحيح من المذهب لما روى ابن عمر رضى الله عنهما مرفوعا أنه نهى عن النذر وقال انه لا يأتى بخير وانما يستخرج به من البخيل متفق عليه وهذا نهى كراهة لأنه لو كان حراما لما مدح الموفين به لان ذنبهم فى ارتكاب المحرم أشد من طاعتهم فى وفائه وتوقف الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى فى تحريمه

(١) قوله « ولا يصح إلا من مكلف » أى فلا ينعقد من غير مكلف كالاقرار وكالطفل

(٢) قوله « مسلما كان أو كافرا » يصح النذر من المسلم مطلقا بلا نزاع ويصح من الكافر مطلقا على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الاصحاب لحديث عمر انى كنت نذرت فى الجاهلية أن أعتكف ليلة فى المسجد الحرام فقال النبى ﷺ أوف بنذرك وهذا قول المغيرة والمخزومى والبخارى وابن جرير وقال الأكثر لا يصح نذره وحملوا خبر عمر رضى الله عنه على الندب

(٣) قوله « ولا يصح الا بالقول الخ » هذا بلا نزاع لانه التزام فعل فلم ينعقد بغيره كالنكاح والطلاق واليمين

[فائدة] قال فى الفروع وظاهره لا يعتبر صفة خاصة يؤيده ما يأتى فى رواية ابن منصور فيمن قال أنا أهدى جاريتى أو دابتى فكفارة يمين ان أراد اليمين قال وظاهر كلام جماعة أو الاكثر يعتبر قوله لله على كذا أو على كذا وقد قال فى الرعاية الصغرى وغيره وهو قول يلتزم به المكلف المختار لله تعالى حقا بعلى لله أو نذرت لله

(٤) قوله « ولا يصح فى محال » هذا الصحيح من المذهب وعليه الاصحاب لأن المستحيل لا يتصور انعقاده والوفاء به أشبه اليمين على المستحيل ولأنه لو حلف على فعله لم تلزمه كفارة فالنذر أولى وقيل تجب الكفارة قال المؤلف والصحيح فى المذهب أن النذر كاليمين وموجبها موجبها الا فى لزوم الوفاء به اذا كان قربة وأمكنه فعله بدليل قوله عليه الصلاة والسلام لأخت عقبة لما نذرت المشى ولم =

واجب[1] فلو قال لله عليّ صوم أمس أو صوم رمضان لم ينعقد . والنذر المنعقد على خمسة أقسام : أحدها النذر المطلق وهو ان يقول لله عليّ نذر فيجب به كفارة يمين[2]. الثانى نذر اللجاج والغضب وهو ما يقصد به المنع من شيء أو الحمل عليه كقوله ان كلمتك فلله على الحج أو صوم سنة أو عتق عبدى أو الصدقة بمالى فهذا يمين يتخير بين فعله والتكفير[3]. الثالث نذر المباح كقوله لله

= تطقه فقال لتكفر عن يمينها ولتركب وفى رواية فلتصم ثلاثة أيام قال أحمد رحمه الله تعالى أذهب اليه وعن عقبة ابن عامر رضى الله عنه مرفوعا كفارة النذر كفارة اليمين رواه مسلم

(١) قوله « ولا واجب » هذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب لأن النذر التزام ولا يصح التزام ما هو لازم وحكى فى المغنى احتمالا وجعله فى الكافى قياس المذهب ينعقد النذر فى الواجب وتجب كفارة يمين ان لم يفعله

[فائدة] من نذر فعل واجب أو حرام أو مكروه أو مباح انعقد نذره موجبا للكفارة ان لم يفعل ما قال مع بقاء الوجوب والتحريم والكراهة والاباحة بحالهن كما لو حلف على فعل ذلك وعنه انه لاغ ولا كفارة فيه

(٢) قوله « أحدها النذر المطلق الخ » وكذا قوله لله على نذر ان فعلت كذا ولا نية له وهذا قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وجابر وعائشة رضى الله عنهم وبه قال الحسن وطاوس وسالم والقاسم والشعبى والنخعى وعكرمة وسعيد بن جبير ومالك والثورى ومحمد بن الحسن ولا نعلم فيه مخالفا إلا الشافعى قال لا ينعقد نذره ولا كفارة فيه لما روى عقبة بن عامر رضى الله عنه مرفوعا كفارة النذر إذا لم يسم كفارة يمين رواه ابن ماجه والترمذى وقال حسن صحيح غريب وروى ابو داود وابن ماجه معناه من حديث ابن عباس رضى الله عنهما

(٣) قوله « الثانى نذر اللجاج والغضب الخ » يعنى يخير إذا وجد الشرط وهذا المذهب قاله فى الفروع قال الزركشى هذا المذهب بلا ريب لما روى عمران ابن حصين رضى الله عنهما قال سمعت النبى ﷺ يقول « لا نذر فى غضب وكفارته كفارة يمين » رواه سعيد ولأنها يمين فيتخير فيها بين الأمرين كاليمين بالله تعالى وعنه تتعين كفارة يمين للخبر وقال فى الواضح إذا وجد الشرط لزمه وظاهر الفروع اطلاق الخلاف

عليّ أن ألبس ثوبي أو أركب دابتي فهذا كاليمين يتخير بين فعله وبين كفارة اليمين[١]، فان نذر مكروها كالطلاق استحب ان يكفر ولا يفعله[٢]. الرابع نذر المعصية كشرب الخمر وصوم يوم الحيض ويوم النحر فلا يجوز الوفاء به ويكفر[٣] إلا أن ينذر نحر ولده ففيه روايتان احداهما انه كذلك والثانية يلزمه

[فائدتان] احداهما لا يضر قوله على مذهب من يلزم بذلك أو لا أقلد من يرى الكفارة ونحوه ذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى لأن الشرع لا يتغير بتوكيد قال الشيخ تقي الدين وان قصد لزوم الجزاء عند الشرط لزمه مطلقا عند أحمد نقل الجماعة فيمن حلف بحجة أو بالمشي الى بيت الله ان أراد يمينا كفر يمينه وان أراد نذراً فعلى حديث عقبة ونقل ابن منصور من قال أنا أهدى جاريتي أو داري فكفارة يمين ان أراد اليمين وقال في امرأة حلفت ان لبست قميصي هذا فهو مهدى تكفر باطعام عشرة مساكين لكل مسكين مد ونقل مهنا ان قال غنمي صدقة وله غنم شركة ان نوى يمينا فكفارة يمين

(الثانية) لو علق الصدقة به ببيعه والمشترى علق الصدقة به بشراه فاشتراه كفر كل منهما كفارة نص عليه وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى اذا حلف بمباح أو معصية لا شيء عليه كنذرهما فان ما لم يلزم بنذره لا يلزم به شيء اذا حلف به فمن يقول لا يلزم الناذر شيء لا يلزم الحالف بالأولى فان ايجاب النذر أقوى من ايجاب اليمين

(١) قوله « الثالث الخ » وهذا المذهب وعليه جماهير الاصحاب لما روى ان امرأة أتت النبي ﷺ فقالت انى نذرت ان أضرب على رأسك بالدف فقال أوف بنذرك رواه ابو داود وهو من مفردات المذهب ويحتمل ان لا ينعقد نذر المباح ولا المعصية على ما يأتى ولا تجب به كفارة وهو رواية مخرجة وجزم به فى العمدة واختاره ابن عبدوس فى تذكرته فى نذر المباح وقال مالك والشافعى لا ينعقد نذره

(٢) قوله « فان نذر مكروها الخ » أفادنا المصنف رحمه الله تعالى انه اذا لم يفعل المكروه ان عليه الكفارة وهو المذهب وعنه لا كفارة عليه

(٣) قوله « الرابع نذر المعصية الخ » أما الوفاء به فلا يجوز بلا نزاع وينعقد على الصحيح من المذهب نص عليه ويكفر روى نحوهذا عن ابن مسعود وابن

ذبح كبش(١). ويحتمل ان لا ينعقد النذر المباح ولا المعصية ولا يجب به كفارة(٢)

= عباس وعمران بن حصين وسمرة بن جندب رضى الله عنهم وبه قال الثورى وأبو حنيفة وأصحابه وعن أحمد ما يدل على انه لا كفارة عليه وسنذكره ان شاء الله تعالى فعلى المذهب ان فعل ما نذره أثم ولا شىء عليه على الصحيح من المذهب ويحتمل وجوب الكفارة مطلقا وهو للمصنف، وأما اذا نذر صوم يوم النحر فالصحيح من المذهب أنه لا يصح صومه ويقضى نصره القاضى وأصحابه وهو من مفردات المذهب وعنه لا يقضى قال فى الشرح وهى الصحيحة وعلى كلا الروايتين يكفر على الصحيح من المذهب كما قال المصنف هنا

[فائدة] نذر صوم أيام التشريق كنذر صوم يوم العيد اذا لم يجز صومها عن الفرض وان أجزنا صومها عن الفرض فهو كنذر سائر الأيام على الصحيح من المذهب

(١) قوله « الا أن ينذر ذبح ولده ، وكذا ذبح نفسه » ففيه روايتان احداهما هو كذلك ، يعنى ان عليه الكفارة لا غير وهذا المذهب لأن هذا نذر معصية أو نذر لجاج وكلاهما يوجب الكفارة وهو قول ابن عباس رضى الله عنهما ، « والثانية يلزمه ذبح كبش ، ورواه سعيد عن ابن عباس وهو قول ابى حنيفة وجزم به فى الوجيز وقدمه فى الفروع وقال ابن هبيرة هى أظهر لأن الله تعالى جعل الكبش عوضاً عن ذبح اسماعيل بعد أن أمر ابراهيم بذبحه وقد أمر النبى ﷺ باتباع ابراهيم

(٢) قوله « ويحتمل ان لا ينعقد النذر الخ ، وجزم به المصنف فى العمدة وقد روى عن احمد ما يدل على ذلك فانه قال فيمن نذر ليهدمن دار غيره لبنة لبنة لا كفارة عليه وهذا فى معناه وروى هذا عن مسروق والشعبى وهو مذهب مالك والشافعى لقوله ﷺ « لا نذر فى معصية الله ولا فيما لا يملك العبد ، رواه مسلم ولقوله ﷺ « لا نذر الا فيما ابتغى به وجه الله تعالى ، وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال بينا النبى ﷺ يخطب إذا هو برجل قائم فسأل عنه فقالوا أبو اسرائيل نذر أن يقوم فى الشمس ولا يستظل ولا يتكلم ويصوم فقال النبى ﷺ مروه فليجلس وليستظل وليتكلم وليتم صومه رواه البخارى وعن أنس رضى الله عنه قال قد نذرت امرأة أن تمشى الى بيت الله فسئل نبى الله ﷺ عن ذلك فقال ان الله لغنى عن مشيها =

ولهذا قال أصحابنا لو نذر الصلاة أو الاعتكاف فى مكان معين فله فعله فى غيره ولا كفارة عليه ولو نذر الصدقة بكل ماله فله الصدقة بثلثه ولا كفارة عليه[1] وان نذر الصدقة بألف لزمه جميعه وعنه يجزئه ثلثه

= مروها فلتركب رواه الترمذى وصححه ولم يأمر بكفارة وروى انه ﷺ رأى رجلا يهادى بين رجلين فسأل عنه فقالوا نذر أن يحج ماشيا فقال ان الله لغنى عن تعذيب هذا نفسه مروه فليركب متفق عليه . والمذهب ان عليه الكفارة لما روت عائشة رضى الله عنها ان رسول الله ﷺ قال لا نذر فى معصية وكفارته كفارة يمين رواه الامام احمد وأبو داود والترمذى ، وأما حديث التى نذرت المشى فقد أمر فيه بالكفارة فى حديث آخر فروى عقبة بن عامر أن أخته نذرت ان تمشى الى بيت الله الحرام فسئل رسول الله عن ذلك فقال مروها فلتركب ولتكفر عن يمينها اخرجه أبو داود وهذه زيادة يجب العمل بها واذا نذر فعل طاعة وما ليس بطاعة لزمه فعل الطاعة كالذى فى خبر أبى اسرائيل فانه ﷺ أمره باتمام الصوم وترك ما سواه فان كان المتروك خصالا كثيرة أجزأته كفارة واحدة

(١) قوله « ولو نذر الصدقة بكل ماله الخ » وهذا الصحيح من المذهب نص عليه وبهذا قال الزهرى ومالك وقال ربيعة يتصدق منه بقدر الزكاة لأن المطلق يحمل على معهود الشرع ولا يجب فى الشرع الا قدر الزكاة وقال أبو حنيفة يتصدق بالمال الزكوى كله وعنه فى غيره روايتان ، وقال النخعى والبتى والشافعى يتصدق بماله كله لقوله ﷺ « من نذر أن يطيع الله فليطعه » وهذا نذر طاعة فيلزم الوفاء به كنذر الصلاة والصيام ، ولنا ما روى عن كعب قال قلت يارسول الله ان من توبتى ان انخلع من مالى صدقة لله ولرسوله ﷺ فقال النبى ﷺ أمسك عليك بعض مالك متفق عليه وفى قصة أبى لبابة : وان من توبتى ان انخلع من مالى صدقة لله ولرسوله ﷺ فقال النبى ﷺ يجزىء عنك الثلث رواه احمد . فان قالوا ليس هذا بنذر وانما أراد الصدقة بجميعه فأمره بالاقتصار على الثلث كما أراد سعد حين أراد الوصية ولنا عنه جوابان احدهما ان قوله يجزىء عنك الثلث دليل على انه أتى بلفظ يقتضى الايجاب ولأنها انما تستعمل غالبا فى الواجبات ولو كان مخيراً لما لزمه شىء يجزىء عنه بعضه الثانى ان منعه من الصدقة بزيادة على الثلث دليل على أنه ليس بقربة لأنه ﷺ لا يمنع أصحابه من القرب

فصل

الخامس نذر التبرر، كنذر الصلاة والصيام والصدقة والاعتكاف والحج والعمرة ونحوها من القرب على وجه التقرب سواء نذره مطلقا أو علقه بشرط يرجوه فقال ان شفى الله مريضى أو سلم مالى فلله على كذا فمتى وجد شرطه انعقد نذره ولزمه فعله[1]، وان نذر صوم سنة لم يدخل فى نذره رمضان ويوما العيدين[2] وفى أيام التشريق روايتان وعنه ما يدل على انه يقضى

على قوله « وان نذر الصدقة بألف لزمه جميعه » هـذا المذهب لأنه مال منذور وهو قربة فلزمه الوفاء به

(١) قوله « فمتى وجد شرطه انعقد نذره الخ » نذر التبرر يتنوع انواعا أحدها هذا الذى ذكره المصنف اذا كان فى مقابلة نعمة استجلبها أو نقمة استدفعها كقوله ان شفانى الله فلله على صوم شهر وتكون الطاعة الملتزمة مما له أصل فى الشرع كالصوم والصلاة والصدقة والحج فهذا يلزمه الوفاء باجماع أهل العلم . النوع الثانى التزام طاعة من غير شرط كقوله ابتداء لله على صوم شهر فيلزم الوفاء به فى قول أكثر أهل العلم وهو قول أهل العراق وظاهر مذهب الشافعى وقال بعض أصحابه لا يلزم الوفاء به لأن أبا عمر وغلام ثعلب قال النذر عند العرب وعد بشرط . الثالث نذر طاعة ولا أصل له فى الوجوب كالاعتكاف وعيادة المريض فيلزم الوفاء به عند عامة أهل العلم وحكى عن ابى حنيفة انه لا يلزم الوفاء به

[فوائد] لو نذر صوم نصف يوم لزمه يوم كامل ذكره المجد فى المسودة قياس المذهب قال فى القواعد الأصولية فيه نظر

(الثانية) مثل ذلك فى الحكم لو حلف يقصد التقرب مثل ما لو قال والله لئن سلم الله مالى لأتصدقن بكذا على الصحيح من المذهب نص عليه وقيل ليس هذا بنذر

(الثالثة) لو نذر عتق عبد معين فمات قبل عتقه لم يلزمه عتق غيره ولزمه كفارة يمين نص عليه لعجزه عن المنذور . وان قتله السيد فهل يلزمه ضمانه على وجهين أحدهما لا يلزمه قاله القاضى وأبو الخطاب والثانى يلزمه قاله ابن عقيل فيجب صرف قيمته فى الرقاب ولو أتلفه أجنبى فقال أبو الخطاب لسيده القيمة ولا يلزمه صرفها فى العتق وخرج بعض الأصحاب وجها بوجوبه وهو قياس قول ابن عقيل

(٢) قوله « وان نذر صوم سنة الخ » إذا نذر صوم سنة فلا يخلو اما أن يطلق =

يومى العيدين وأيام التشريق . واذا نذر صوم يوم الخميس فوافق يوم عيد أو حيض أفطر وقضى وكفر [1] وعنه يكفر من غير قضاء ونقل عنه ما يدل على أنه ان صام يوم العيد صح صومه وان وافق أيام التشريق فهل يصومه؟ على

= السنة أو يعينها فان عينها لم يدخل فى نذره رمضان على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب ولا يدخل فى نذره أيضا يوما العيدين على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب لأن رمضان لايقبل الصوم عن النذر ويوما العيدين لا يصح صومهما ولا يدخل فى نذره أيام التشريق على الصحيح من المذهب إذا قلنا لا يجزىء عن صوم الفرض وعنه يدخل فى نذره رمضان فيقضى ويكفر أيضا على الصحيح وعنه مايدل على انه يقضى يوم العيدين وعنه يدخل فى نذره أيام التشريق ، وأما اذا نذر صيام سنة واطلق ففى لزوم التتابع فيها ما فى نذر صوم شهر مطلق على ما يأتى ، اذا علمت ذلك فيلزمه صيام اثنى عشر شهراً سوى رمضان وأيام النهى وان شرط التتابع على الصحيح من المذهب

[فائدتان] لو نذر صوم سنة من الآن أو من وقت كذا فهى كالمعينة على الصحيح من المذهب وعليه الاصحاب وقيل كمطلقة فى لزوم اثنى عشر شهراً للنذر واختاره المجد

(الثانية) لو نذر صوم الدهر كان له صيام يوم وافطار يوم عند الشيخ تقى الدين والصحيح من المذهب أنه يلزمه صومه ، وحكمه فى دخول رمضان والعيدين والتشريق حكم السنة المعينة

(١) قوله « وان نذر صوم يوم الخميس الخ » هـــذا المذهب لأنه نذر نذراً يمكن الوفاء به غالبا فكان منعقدا كما لو وافق غير يوم العيد أو غير يوم الحيض والنفاس ولا يجوز أن يصوم يوم العيد لأن الشرع حرمه ويلزمه القضاء لأنه نذر منعقد وقد فاته الصيام للعذر فلزمته الكفارة كما لو فاته لمرض وعنه يكفر من غير قضاء لأنه وافق يوما صومه معصية كما لو نذرت المرأة صوم يوم حيضها

[فائدة] لو نذر أن يصوم يوما معينا أبدا ثم جهله فافتى بعض العلماء بصيام الأسبوع كصلاة من خمس وقال الشيخ تقى الدين بل يصوم يوما من الأيام مطلقا أى يوم كان وهل عليه كفارة لفوات التعيين يخرج على روايتين

روايتين [١]، وإذا نذر صوم يوم يقدم فلان فقدم ليلا فلا شيء عليه[٢] وان قدم نهارا فعنه ما يدل على أنه لا ينعقد نذره ولا يلزمه الا إتمام صيام ذلك اليوم ان لم يكن أفطر[٣] وعنه انه يقضي ويكفر سواء قدم وهو مفطر أو صائم وان وافق قدومه يوما من رمضان فقال الخرقي يجزئه صيامه لرمضان ونذره[٤]

---

(١) قوله « وان وافق أيام التشريق الخ » احداهما يصومها لقول عائشة رضى الله عنها لم يرخص فى هذه الايام أن يصمن الا للتمتع إذا لم يجد الهدى وقسنا عليه سائر الواجبات والثانية لا يصومها للنهى عن ذلك

(٢) قوله « واذا نذر صوم يوم يقدم فلان الخ » هذا بلا نزاع لأنه لم يتحقق شرطه فلم يجب نذره ولا يلزمه أن يصوم صبيحته وفى المنتخب يستحب

(٣) قوله « وان قدم نهاراً الخ » اذا نذر صوم يوم يقدم فلان وقدم نهارا فلا يخلو اما أن يقدم وهو صائم أو يقدم وهو مفطر فان قدم وهو مفطر فالصحيح من المذهب أنه يقضي ويكفر وهو من المفردات قال المصنف والشارح لو قدم يوم فطر أو أضحى فعنه لا يصومه ويقضي ويكفر نقله عن أحمد جماعة وهو قول أكثر أصحابنا ومذهب الحكم وحماد والرواية الثانية يقضى ولا يكفر وهو قول الحسن والأوزاعى وأبى عبيد وقتادة وأبى ثور وأحد قولى الشافعى لأنه فاته الصوم الواجب بالنذر فلزمه قضاؤه كما لو تركه نسيانا ولم تلزمه كفارة لأن الشرع منعه من صومه فهو كالمكره . وعنه ان صامه صح صومه وهو مذهب إبى حنيفة وان قدم وهو صائم تطوعا فان كان قد بيت النية للصوم لخبر سمعه صح صومه وأجزأه وان نوى حين قدم أجزأه أيضا على احدى الروايتين اختاره القاضى وجزم به فى الوجيز وعنه لا يجزئه الصوم والحالة هذه وعليه القضاء وهو المذهب وتلزمه كفارة أيضا على الصحيح من المذهب وهو من مفردات المذهب

(٤) قوله « وان وافق قدومه يوما من رمضان الخ » ما قاله الخرقى رواية عن أحمد وجزم به ابن عقيل فى تذكرته وصاحب الوجيز لأنه نذر صومه وقد وفى به وقال غيره عليه القضاء وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب وهو رواية عن احمد قال الزركشى هى أنصهما لأنه لم يصمه عن نذره وفى الكفارة روايتان احداهما تجب لتأخر النذر والثانية لا تجب لانه أخره لعذر

وقال غيره عليه القضاء وفى الكفارة روايتان وان وافق يوم نذره وهو مجنون فلا قضاء عليه ولا كفارة[1] وان نذر صوم شهر معين فلم يصمه لغير عذر فعليه القضاء وكفارة يمين[2] وان لم يصمه لعذر فعليه القضاء وفى الكفارة روايتان[3] وان صام قبله لم يجزئه[4] وان أفطر فى بعضه لغير عذر لزمه استئنافه

[فائدتان] لو وافى قدومه وهو صائم عن نذر فالصحيح من المذهب أنه يتمه ولا يلزمه قضاؤه بل يقضى نذر القدوم كصوم فى قضاء رمضان أو كفارة

(الثانية) مثل ذلك فى الحكم لو نذر صيام شهر من يوم يقدم فلان فقدم فى أول شهر رمضان

(١) قوله « وان وافق يوم نذره وهو مجنون الخ » قال فى الفروع فيمن نذر صوم شهر بعينه وجن كل الشهر لم يقض على الأصح وكذا قال فى المحرر وغيره وجزم به فى المغنى والشرح وغيرهما لأنه خرج على أهلية التكليف قبل وقت النذر أشبه ما لو فاته وعنه يقضى

(٢) قوله « وان نذر صوم شهر معين الخ » هذا بلا نزاع لأنه صوم واجب أخره فلزمه قضاؤه كرمضان ولزمته الكفارة لتأخر النذر عن وقته

(٣) قوله « وان لم يصمه لعذر الخ » أما وجوب القضاء فلا نزاع فيه وأما الكفارة ففيها روايتان احداهما عليه الكفارة أيضا وهو المذهب لتأخر النذر والثانية لا كفارة لأنه أخره لعذر

[فوائد] صومه فى كفارة الظهار فى الشهر المنذور كفطره على الصحيح من المذهب وعنه لا يلزمه كفارة أيضا

(الثانية) لو جن الشهر كله لم يقضه على الصحيح من المذهب ولا كفارة وعنه يقضيه وبه قال أبو يوسف لأنه من أهل التكليف حال نذره وقضائه فلزمه القضاء كالمغمى عليه . ولنا أنه ليس من أهل التكليف فى وقت الوجوب فلم يلزمه القضاء كما لو كان فى شهر رمضان

(الثالثة) اذا لم يصمه لغير عذر وقضاه فالصحيح من المذهب أنه يلزمه القضاء متتابعا متواصلا ، وعنه له تفريقه وعنه له ترك مواصلته

(٤) قوله « وان صام قبله لم يجزئه » هذا بلانزاع وكذلك ان نذر الحج فى

ويكفر[١] ويحتمل ان يتم باقيه ويقضى ويكفر[٢] واذا نذر صوم شهر لزمه التتابع[٣] وان نذر صيام أيام معدودة لم يلزمه التتابع الا ان يشترطه[٤] وان نذر صياما متتابعا فأفطر لمرض أو حيض قضى لاغير[٥] وإن افطر لغير عذر

=عام فحج قبله وقال ابو يوسف يجزئه كما لو حلف ليقضينه حقه فى وقت فقضاه قبله ولنا ان المنذور محمول على المشروع ولو صام قبل رمضان لم يجزئه ولانه لم يأت بالمنذور فى وقته لكن لو نذره بصدقة مال جاز اخراجها قبل الوقت الذى عينه للنفع كالزكاة قاله الأصحاب

(١) قوله « ولو أفطر فى بعضه الخ » هذا المذهب وهو من مفرداته لأنه صوم يجب متتابعا بالنذر فأبطله الفطر لغير عذر كما لو شرط التتابع وفارق رمضان فان تتابعه بالشرع لا بالنذر وههنا أوجبه على نفسه ثم فوته

(٢) قوله « ويحتمل أن يتم باقيه الخ » هذا رواية عن أحمد وهذا قول الشافعى لأن وجوب التتابع ضرورة التعيين لا بالشرط فلم يبطله الفطر فى أثنائه كشهر رمضان ولأن الاستئناف يجعل الصوم فى غير الوقت الذى عينه والوفاء بنذره فى غير وقته وتفويت البعض لا يوجب تفويت الجميع قال المصنف والشارح وهذه الرواية أصح وأقيس

[فائدتان] لو قيد الشهر المعين بالتتابع فأفطر يوما بلا عذر ابتدأ وكفر

(الثانية) لو أفطر فى بعضه لعذر بنى على مامضى من صيامه وكفر على الصحيح من المذهب وعنه لا يكفر

(٣) قوله « واذا نذر صوم شهر الخ » هذا المذهب وهو قول ابى ثور وهو من مفردات المذهب وعنه لا يلزمه التتابع إلا بشرط أو نية وفاقا للأئمة الثلاثة لأن الشهر يقع على مابين الهلالين وعلى ثلاثين يوما ولا خلاف فى أنه يجزئه ثلاثون يوما فلم يلزمه التتابع كما لو نذر ثلاثين يوما

(٤) قوله « وان نذر أياما معدودة الخ » والا أن ينويه وهذا المذهب نص عليه لأن الأيام لا دلالة لها على التتابع وكذا الحكم لو نذر ثلاثين يوما وعنه يكره التتابع مطلقا اختاره القاضى

(٥) قوله « وان نذر صياما متتابعا الخ » يعنى غير معين كما لو أفطر فى رمضان والمرض والحيض لا يقطع التتابع فلم يجب الاستئناف

لزمه الاستئناف وان أفطر لسفر أو ما يبيح الفطر فعلى وجهين(١)، وان نذر صياما فعجز عنه لـكبر أو مرض لا يرجى برؤه أطعم عنه لكل يوم مسكينا(٢) ويحتمل ان يكفر ولا شيء عليه ، وان نذر المشى إلى بيت الله(٣) أو

على قوله «وان أفطر لغير عذر لزمه الاستئناف.» بلا نزاع ولا كفارة وفاقا

(١) قوله «وان أفطر لسفر الخ» أى مع القدرة على الصوم أحدهما لا ينقطع التتابع وهو الصحيح من المذهب لأنه عذر فى رمضان فأشبه المرض والثانى ينقطع التتابع بذلك لأنه أفطر باختياره أشبه ما لو أفطر لغير عذر

(٢) قوله «وان نذر صياما الخ» من نذر طاعة لا يطيقها أو كان قادراً عليها فعجز عنها فعليه كفارة يمين وذكره ابن عقيل رواية قال فى الحاوى وهو أصح عندى ومال اليه المصنف والشارح وجزم به فى الوجيز لقوله ﷺ «من نذر نذراً لا يطيقه فكفارته كفارة يمين» رواه ابن ماجه والدارقطنى واسناده ثقات ورواه أبو داود وذكر أنه روى موقوفا على ابن عباس رضى الله عنهما ، وعنه يطعم ولا يكفر وعنه يطعم لـكل يوم مسكينا ويكفر كفارة يمين وهذا المذهب نص عليه لأن سبب الـكفارة عدم الوفاء بالنذر والاطعام العجز عن واجب الصوم فقد اختلف السببان واجتمعا فلم يسقط واحد منهما لعدم ما يسقطه . ويتخرج ان لا يلزمه كفارة فى العجز عنه كما لو عجز عن الواجب بأصل الشرع

(٣) قوله «وان نذر المشى إلى بيت الله الخ» من نذر المشى إلى بيت الله الحرام لزمه الوفاء به وبه قال مالك والأوزاعى والشافعى وأبو عبيد وابن المنذر ولا نعلم فيه خلافاً لقوله ﷺ «من نذر أن يطيع الله فليطعه» وقال «لا تشد الرحال الا الى ثلاثة مساجد المسجد الحرام ومسجدى هذا والمسجد الأقصى» ولا يجزئه المشى إلا فى حج أو عمرة ، وبه يقول الشافعى ولا نعلم فيه خلافا وذلك لأن المشى اليه فى الشرع هو المشى فى حج أو عمرة فاذا أطلق الناذر حمل على المعهود الشرعى ويلزم المشى لنذره إياه فان عجز عن المشى ركب وعليه كفارة يمين وعنه عليه دم وهو قول الشافعى وأفتى به عطاء لما روى ابن عباس رضى الله عنهما ان اخت عقبة ابن عامر نذرت المشى الى بيت الله الحرام فأمرها النبى ﷺ أن تركب وتهدى هديا رواه أبو داود وفيه ضعف وفى رواية لأبى داود أيضا انها نذرت أن تمشى الى البيت وأنها لا تطيق ذلك فأمرها النبى ﷺ أن تهدى هديا وروى أحمد عن عمران =

موضع من الحرم[1] لم يجزئه الاان يمشى فى حج أو عمـــرة فان ترك المشى

= قال ما قام فينا رسول الله ﷺ خطيبا الا أمرنا بالصدقة ونهانا عن المثلة وفيه « وان من المثلة أن ينذر الرجل أن يحج ماشياً فاذا نذر أحدكم أن يحج ماشياً فليهد هديا وليركب » وعن ابن عمر وابن الزبير قالا يحج من قابل ويركب ما مشى ويمشى ما ركب ونحوه قال ابن عباس وزاد ويهدى وعن الحسن مثل الأقوال الثلاثة وعن النخعى روايتان احداهما كقول ابن عمر والثانية كقول ابن عباس وهذا قول مالك وقال ابو حنيفة يهدى سواء قدر على المشى أو عجز عنه وأقل الهدى شاة وقال الشافعى لا يلزمه مع العجز كفارة بحال ووجه الأول ما روى عقبة انه قال يا رسول الله ان اختى نذرت ان تحج ماشية فقال ان الله لا يصنع بشقاء أختك شيئا لتخرج راكبة ولتكفر يمينها رواه أحمد وأبو داود والبيهقى وقال تفرد به شريك

[تنبيه] مراده بقوله لزمه المشى ان لم يرد اتيانه لا حقيقة المشى صرح به المصنف والشارح وصاحب الفروع وغيرهم

(١) قوله « أو إلى موضع من الحرم » أى كالصفا والمروة وأبى قبيس لزمه حج أو عمرة نص عليه وبه يقول الشافعى وقال أبو حنيفة لا يلزمه الا أن ينذر المشى الى الكعبة أو الى مكة . ولنا أنه نذر المشى إلى موضع من الحرم أشبه النـذر إلى مكة فاما ان نذر المشى إلى غير مكة كعرفة ومواقيت الاحرام وغير ذلك لم يلزمه ذلك ويكون كنذر المباح وكذلك ان نذر اتيان مسجد سوى المساجد الثلاثة لم يلزمه اتيانه وان نذر الصلاة فيه أى فى أى مسجد كان سوى المسـاجد الثلاثة لزمته الصلاة دون المشى اليه ففى أى موضع صلى أجزأه لأن الصلاة لا تختص مكانا دون مكان فلزمته الصلاة دون الموضع ولا نعلم فى هذا خلافا إلا عن الليث فانه قال لو نذر صلاة أو صياما بموضع لزمه فعله فى ذلك الموضع ومن نذر المشى الى مسجد مشى اليه قال الطحاوى ولم يوافقه على ذلك أحـــد من الفقهاء لأن النبى ﷺ قال لا تشد الرحال الخبر متفق عليه

[فوائد] حيث لزمه المشى أو غيره فيكون ابتداؤه من مكانه إلا أن ينوى موضعا بعينه نص عليه وذكره القاضى اجماعا

(الثانية) لو نذر الصلاة فى المسجد الحرام لم تجزئه الصلاة فى غيره لأنه أفضل المساجد وان نذر الصلاة فى المسجد الأقصى أجزأته الصلاة فى المسجد الحرام لما =

لعجز او غيره فعليه كفارة يمين وعنه عليه دم[1] وان نذر الركوب فمشى ففيه الروايتان[2] وان نذر رقبة فهى التى تجزىء عن الواجب[3] الا ان ينوى رقبة بعينها[4] وان نذر الطواف على أربع طاف طوافين نص عليه

= روى جابر أن رجلا قام يوم الفتح فقال يا رسول الله انى نذرت ان فتح الله عليك ان أصلى فى بيت المقدس ركعتين فقال صل ههنا ثم أعاد عليه فقال صل ههنا ثم أعاد عليه فقال صل ههنا ثم أعاد عليه فقال شأنك رواه أحمد ولفظه والذى نفسى بيده لو صليت ههنا لأجزأ عنك كل صلاة فى بيت المقدس

(الثالثة) اذا أفسد الحج المنذور مشيا وجب القضاء مشيا لأن القضاء يكون على صفة الاداء وكذا ان فاته الحج سقط توابع الوقوف من البيت بمزدلفة ومنى والرمى وتحلل بعمرة

(١) قوله « فان ترك المشى الخ » المذهب عليه كفارة يمين وقد تقدم الخلاف فى ذلك قريبا

(٢) قوله « وان نذر الركوب الخ » يعنى المتقدمتان هل عليه كفارة يمين أو دم وقد علمت المذهب منهما

(٣) قوله « واذا نذر رقبة الخ » وهى المؤمنة السليمة من العيوب المضرة بالعمل على ما ذكرنا فى باب الظهار

(٤) قوله « الا أن ينوى رقبة الخ » فيجزئه ما عينه بلا نزاع لكن لو مات المنذور قبل أن يعتقه لزمه كفارة يمين ولا يلزمه عتق عبد نص على ذلك وقاله الأصحاب ولو أتلف العبد المنذور عتقه لزمه كفارة يمين على الصحيح من المذهب وقيل يلزمه قيمتها

[فائدة] من نذر حجا أو صياما أو صدقة أو اعتكافا أو صلاة أو غيره من الطاعات ومات قبل فعله فعله الولى عنه وعن أحمد فى الصلاة لا يصلى عن الميت لأنها لا بدل لها بحال وأما سائر الأعمال فيجوز أن ينوب الولى عنه فيها وليس بواجب على الولى لكن يستحب له على سبيل الصلة وافتى بذلك ابن عباس رضى الله عنهما فى امرأة نذرت أن تمشى الى قباء فماتت ولم تقضه ان تمشى ابنتها عنها وروى سعيد فى سننه عن سفيان عن عبد الكريم بن أبى أمية أنه سأل ابن عباس

كتاب القضاء

وهو فرض كفاية قال احمد رحمه الله تعالى لا بد للنــــاس من حاكم ، أتذهب حقوق الناس ؟ فيجب على الامام ان ينصب فى كل اقليم قاضيا ويختار لذلك أفضل من يجد وأورعهم ويأمرهم بتقوى الله وايثار طاعته فى سره وعلانيته وتحرى العدل والاجتهاد فى اقامة الحق وان يستخلف فى كل صقع أصلح من يقدر عليه لهم ويجب على من يصلح له اذا طلب ولم يوجد غيره ممن يوثق به الدخول فيه وعنه انه سئل هل يأثم القاضى بالامتناع اذا لم يوجد غيره ؟ قال لا يأثم وهذا يدل على انه ليس بواجب فان وجد غيره كره له طلبه بغير خلاف فى المذهب وان طلب فالافضل له ان لا يجيب اليه فى ظاهر كلام أحمد وقال ابن حامد الافضل الاجابة اليه اذا أمن نفســه . ولا تثبت ولاية القضاء الا بتولية الامام او نائبه . ومن شرط صحتها معرفة المولى كون المولى على صفة تصلح للقضاء ويعين ما يوليه الحكم فيه من الأعمال والبلدان ومشافهته بالولاية أو مكاتبته بها واشهاد شـــاهدين على توليته وقال القاضى تثبت بالاستفاضة اذا كان بلده قريبا تستفيض فيه اخبار بلد الامام ، وهل تشترط عدالة المولى ؟ على روايتين . وألفاظ التولية الصريحة سبعة: وليتك الحكم وقلدتك واستنبتك واستخلفتك ورددت اليك

= رضى الله عنهما عن نذر كان على أمه من اعتكاف قال صم عنها واعتكف عنها وروى سعيد عن عائشة رضى الله عنها أنها اعتكفت عن أخيها عبد الرحمن بعد ما مات وقال مالك لا يمشى أحد عن أحد ولا يصوم عنه ولا يصلى وكذلك سائر أعمال البدن قياساً على الصلاة . وقال الشافعى يقضى عنه الحج ولا تقضى الصلاة قولا واحداً ولا يقضى الصوم فى أحد الوجهين لأن ابن عمر رضى الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ من مات وعليه صيام شهر فليطعم عنه لكل يوم مسكين رواه ابن ماجه وقال أهل الظاهر يجب القضاء على وليه لظاهر الأخبار الواردة فيه . ولنا على جواز الصيام ما روت عائشة رضى الله عنها قالت قال رسول الله ﷺ من مات وعليه صيام صام عنه وليه متفق عليه

وفوضت اليك وجعلت لك الحكم. فاذا وجد لفظ منها والقبول من المولى انعقدت الولاية . والكناية نحو اعتمدت عليك أو عولت عليك ووكلت اليك واسندت اليك الحكم فلا ينعقد بها حتى يقترن بها قرينة نحو فاحكم او فتول ماعولت عليك فيه وما اشبهه

فصل

وإذا ثبتت الولاية وكانت عامة استفاد بها النظر فى عشرة أشياء فصل الخصومات واستيفاء الحق ممن هو عليه ودفعه الى ربه والنظر فى أموال اليتامى والمجانين والسفهاء والحجر على من يرى الحجر عليه لسفه أو فلس والنظر فى الوقوف فى عمله باجرائها على شرط الواقف وتنفيذ الوصايا وتزويج النساء اللاتى لا ولى لهن واقامة الحدود واقامة الجمعة والنظر فى مصالح عمله بكف الاذى عن طريق المسلمين وأفنيتهم وتصفح حال شهوده وامنائه والاستبدال بمن ثبت جرحه منهم . فاما جباية الخراج وأخذ الصدقة فعلى وجهين . وله طلب الرزق لنفسه وامنائه وخلفائه مع الحاجة فاما مع عدمها فعلى وجهين

فصل

ويجوز ان يوليه عموم النظر فى عموم العمل ويجوز ان يوليه خاصا فى احدهما او فيهما فيوليه عموم النظر فى بلد او محلة خاصة فينفذ قضاؤه فى أهله ومن طرأ اليه أو يجعل اليه الحكم فى المداينات خاصة أو فى قدر من المال لا يتجاوزه أو يفوض اليه عقود الأنكحة دون غيرها ويجوز ان يولى قاضيين أو أكثر فى بلد واحد يجعل الى كل واحد عملا فيجعل الى أحدهما الحكم بين الناس والى الآخر عقود الأنكحة دون غيرها فان جعل اليهما عملا واحدا جاز وعند القاضى لايجوز وان مات المولى أو عزل المولى مع صلاحيته لم تبطل ولايته فى أحد الوجهين وتبطل فى الآخر وهل ينعزل قبل العلم بالعزل ؟ على وجهين بناء على الوكيل وإذا قال المولى من نظر فى

الحكم فى البلد الفلانى من فلان وفلان فهو خليفتى أو قد وايته لم تنعقد الولاية لمن ينظر ، وان قال وليت فلانا وفلانا فمن نظر منهم فهو خليفتى انعقدت الولاية

فصل

ويشترط فى القاضى عشر صفات أن يكون بالغا عاقلا ذكرا حرا مسلما عدلا سميعا بصيرا متكلما مجتهدا ، وهل يشترط كونه كاتبا ؟ على وجهين والمجتهد من يعرف من كتاب الله تعالى وسنة رسوله عليه السلام الحقيقة والمجاز والامر والنهى والمجمل والمبين والمحكم والمتشابه والخاص والعام والمطلق والمقيد والناسخ والمنسوخ والمستثنى والمستثنى منه ويعرف من السنة صحيحها من سقيمها وتواترها من آحادها ومرسلها ومتصلها ومسندها ومنقطعها مما له تعلق بالاحكام خاصة ويعرف ما أجمع عليه مما اختلف فيه والقياس وحدوده وشروطه وكيفية استنباطه والعربية المتداولة بالحجاز والشام والعراق وما يواليهم وكل ذلك مذكور فى أصول الفقه وفروعه فمن وقف عليه ورزق فهمه صلح للقضاء والفتيا وبالله التوفيق

فصل

وان تحاكم رجلان الى رجل يصلح للقضاء فحكماه بينهما فحكم نفذ حكمه فى المال وينفذ فى القصاص والحد والنكاح واللعان فى ظاهر كلامه ذكره أبو الخطاب وقال القاضى لا ينفذ الا فى الاموال خاصة

باب أدب القاضى

ينبغى أن يكون قويا من غير عنف لينا من غير ضعف حليما ذا أناة وفطنة بصيرا بأحكام الحكام قبله . واذا ولى فى غير بلده سأل عن من فيه من الفقهاء والفضلاء والعدول وينفذ عند مسيره من يعلمهم يوم دخوله ليتلقوه ويدخل البلد يوم الاثنين أو الخميس او السبت لابسا أجمل ثيابه فيأتى الجامع فيصلى فيه ركعتين ويجلس مستقبل القبلة فاذا اجتمع الناس أمر

بعهده فقرىء عليهم وأمر من ينادى من له حاجة فليحضر يوم كذا ثم يمضى الى منزله وينفذ فيتسلم ديوان الحكم من الذى كان قبله ثم يخرج فى اليوم الذى وعد بالجلوس فيه على أعدل أحواله غير غضبان ولا جائع ولا شبعان ولا حاقن ولا مهموم بأمر يشغله عن الفهم فيسلم على من يمر به ثم يسلم على من فى مجلسه ويصلى تحية المسجد ان كان فى مسجد ويجلس على بساط ويستعين بالله ويتوكل عليه ويدعوه سرا أن يعصمه من الزلل ويوفقه للصواب ولما يرضيه من القول والعمل ويجعل مجلسه فى مكان فسيح كالجامع والفضاء والدار الواسعة فى وسط البلد ان أمكن ولا يتخذ حاجبا ولا بوابا الا فى غير مجلس الحكم ان شاء ويعرض القصص فيبدأ بالاول فالاول ولا يقدم السابق فى أكثر من حكومة واحدة فان حضروا دفعة واحدة وتشاحوا قدم أحدهم بالقرعة ويعدل بين الخصمين فى لحظه ولفظه ومجلسه والدخول عليه الا أن يكون أحدهما كافرا فيقدم المسلم عليه فى الدخول ويرفعه فى الجلوس وقيل يسوى بينهما ولا يسار أحدهما ولا يلقنه حجة ولا يعلمه كيف يدعى فى أحد الوجهين وفى الآخر يجوز له تحرير الدعوى له اذا لم يحسن تحريرها وله أن يشفع الى خصمه لينظره أو ليضع عنه ويزن عنه[1] وينبغى أن يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب إن أمكن ويشاورهم فيما يشكل عليه فان اتضح له حكم والا أخره ولا يقلد غيره وان كان أعلم منه ولا يقضى وهو غضبان[2] ولا حاقن ولا فى شدة الجوع والعطش والهم

---

(١) قوله « وله أن يشفع الى خصمه لينظره » هذا بلا خلاف نعلمه ويجوز له أن يشفع ليضع عنه على الصحيح من المذهب لما روى سعيد بإسناده ان معاذاً رضى الله عنه أتى النبى ﷺ فكلمه ليكلم غرماءه فلو تركوا لأحد لتركوا لمعاذ لأجل النبى ﷺ . ونقل حنبل أن كعب بن مالك تقاضى ابن أبى حدرد دينا عليه وأشار النبى ﷺ بيده أن ضع الشطر من دينك قال قد فعلت قال النبى ﷺ قم فاعطه قال أحمد هذا حكم من النبى ﷺ

(٢) قوله « ولا يقضى وهو غضبان » لما روى ابوبكرة أن النبى ﷺ قال =

والوجع والنعاس والبرد المؤلم والحر المزعج فان خالف وحكم فوافق الحق نفذ حكمه وقال القاضى لا ينفذ وقيل ان عرض ذلك بعد فهم الحكم جاز والا فلا . ولا يحل له ان يرتشى[1] ولا يقبل الهدية[2] الا ممن كان يهدى اليه

= « لا يقضين حاكم بين اثنين وهو غضبان » متفق عليه ولأنه ربما حمله الغضب على الجور فى الحكم وفيه من الوعيد ما رواه ابن أبى أوفى مرفوعا « ان الله تعالى مع القاضى ما لم يجر فاذا جار تخلى عنه ولزمه الشيطان » رواه الترمذى

(١) قوله « ولا يحل له أن يرتشى » الرشوة بتثليث الراء وقد اتفق العلماء على تحريمها قال الله تعالى ﴿ أكالون للسحت ﴾ قال الحسن وسعيد بن جبير فى تفسيره هو الرشوة قال اذا قبل القاضى الرشوة بلغت به الى الكفر وروى عبد الله بن عمر رضى الله عنهما ان النبى ﷺ قال « لعنة الله على الراشى والمرتشى » رواه أحمد وأبو داود والترمذى وصححه واسناده ثقات وروى أحمد والترمذى وحسنه من حديث أبى هريرة رضى الله عنه وزادا « فى الحكم » وفيه عمر ابن أبى سلمة ورواه أحمد من حديث ثوبان وزاد « والرائش » يعنى الذى يمشى بينهما بها

[فائدة] اذا رشاه على واجب أو ليدفع ظلمه فقال عطاء وجابر بن زيد لا بأس أن يصانع عن نفسه وقال جابر ما رأينا فى زمن ابن زياد أنفع لنا من الرشا ولأنه يستنقذ ماله كما يستنقذ الرجل أسيره .

(٢) قوله « ولا يقبل الهدية » وذلك لما روى أبو حميد الساعدى قال قال رسول الله ﷺ « هدايا العمال غلول » رواه أحمد من رواية اسماعيل بن عياش عن يحيى بن سعيد وعنه قال بعث النبى ﷺ رجلا من الازد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فقال هذا لكم وهذا أهدى الى فقام النبى ﷺ فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « ما بال العامل نبعثه فيجيء فيقول هذا لكم وهذا أهدى الى ألا جلس فى بيت أبيه فينظر أيهدى له أم لا ، والذى نفس محمد بيده لا نبعث أحداً منكم فيأخذ شيئاً إلا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبته ان كان بعيرا له رغاء أو بقرة لها خوار أو شاة تيعر » ثم رفع يديه حتى رأيت عفرة أبطيه فقال « اللهم هل بلغت » ثلاثا متفق عليه وقال عمر بن عبد العزيز كانت الهدية فيما مضى هدية فأما اليوم فهى رشوة

[فوائد] لا يحرم على المفتى أخذ الهدية جزم به فى الفروع وغيره وقال فى آداب المفتى وأما الهدية له فله قبولها وقيل يحرم اذا كانت رشوة على أن يفتيه بما يريد =

قبل ولايته بشرط ان لايكون له حكومة ويكره ان يتولى البيع والشراء بنفسه ويستحب أن يوكل فى ذلك من لا يعرف انه وكيله . ويستحب له عيادة المرضى وشهود الجنائز مالم يشغله عن الحكم وله حضور الولائم فان كثرت

= قلت أو يكون له فيه نفع من جاه أو مال فيفتيه لذلك بما لا يفتى به غيره ممن لا ينتفع به كنفع الأول انتهى وقال ابن مفلح فى أصوله وله قبول هدية والمراد لا ليفتيه بما يريد والا حرمت زاد بعضهم أو لنفعه بجاهه أو ماله وفيه نظر ونقل المروذى لا يقبل الهدية الا أن يكافىء

(الثانية) الرشوة ما يعطى بعد طلبه والهدية الدفع اليه ابتداء قاله فى الترغيب

(الثالثة) حيث قلنا لا يقبل الهدية وخالف وفعل أخذت منه لبيت المال على قول لخبر ابن اللتبية وهو احتمال فى المغنى والشرح، وقيل يملكها ان عجل مكافئتها فعلى الوجه الأول تؤخذ هدية العامل للصدقات ذكره القاضى واقتصر عليـــه فى الفروع وقال فدل ان فى انتقال الملك فى الرشوة والهدية وجهين، وجزم ابن تميم فى عامل الزكاة اذا ظهرت خيانته برشوة أو هدية أخذها الامام لا لأرباب الأموال وتبعه فى الرعاية ثم قال قلت ان عرفوا رد اليهم قال أحمد رحمه الله تعالى من ولى شيئا من أمر السلطان لا أجيز له أن يقبل شيئا يروى هدايا العمال غلول والحاكم خاصة لا أحبه له الا من كان له به خلطة ووصلة قبل أن يلى واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى فيمن كسب مالا محرما برضى الدافع ثم تاب كثمن خمر ومهر بغى وحلوان كاهن ان له ما سلف، وقال أيضا لا ينتفع به ولا يرده لقبضه عوضه ويتصدق به كما نص عليه الامام أحمد رحمه الله تعالى فى حامل الخمر . وقال فى مال مكتسب من خمر ونحوه يتصدق به فاذا تصدق به فللفقير أكله ولولى الأمر أن يعطيه لأعوانه . وقال أيضا فيمن تاب ان علم صاحبه دفعه اليه والا دفعه فى مصالح المسلمين وله مع حاجته أخذ كفايته . وقال فى الرد على الرافضى فى بيع سلاح فى فتنة وعنب بخمر يتصدق بثمنه وقال هو قول محقق الفقهاء قال فى الفروع كذا قال وقوله مع الجماعة أولى

(الرابعة) لا يجوز اعطاء الهدية لمن يشفع عند السلطان ونحوه ذكره القاضى وأومأ اليه لأنها كالأجرة والشفاعة من المصالح العامة فلا يجوز أخذ الأجرة عليه وفيه حديث صريح فى السنن

تركها كلها ولم يحب بعضهم دون بعض . ويوصى الوكلاء والاعوان على بابه بالرفق بالخصوم وقلة الطمع ويجتهد ان يكونوا شيوخا أو كهولا من أهل الدين والعفة والصيانة ويتخذ كاتبا مسلما مكلفا عدلا حافظا عالما يجلسه بحيث يشاهد ما يكتبه ويجعل القمطر مختوما بين يديه . ويستحب ان لا يحكم الا بحضرة الشهود ولا يحكم لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادته له ويحكم بينهم بعض خلفائه وقال ابو بكر يجوز ذلك

فصل

وأول ما ينظر فيه أمر المحبسين فيبعث ثقة الى الحبس فيكتب اسم كل محبوس ومن حبسه وفيم حبسه فى رقعة منفردة ثم ينادى فى البلد ان القاضى ينظر فى أمر المحبسين غدا فمن له منهم خصم فليحضر فاذا كان الغد وحضر القاضى أحضر رقعة فقال هذه رقعة فلان ابن فلان فمن خصمه؟ فان حضر خصمه نظر بينهما وان كان حبس فى تهمة أو افتيات على القاضى قبله خلى سبيله . وان لم يحضر له خصم وقال حبست ظلما ولا حق على ولا خصم لى نادى بذلك ثلاثا فان حضر له خصم والا أحلفه وخلى سبيله . ثم ينظر فى أمر الأيتام والمجانين والوقوف . ثم فى حال القاضى قبله فان كان ممن يصلح للقضاء لم ينقض من أحكامه الا ما خالف نص كتاب أو سنة أو اجماعا[1] وإن كان ممن لا يصلح نقض أحكامه وان وافقت الصحيح[2] ويحتمل ان لا ينقض

---

(١) قوله « أو إجماعا » الإجماع إجماعان إجماع قطعى وإجماع ظنى فاذا خالف حكمه الإجماع القطعى نقض حكمه قطعا وان كان ظنياً لم ينقض على الصحيح من المذهب وقيل ينقض وهو ظاهر كلام المصنف هنا

[تنبيه] صرح المصنف انه لا ينقض الحكم اذا خالف القياس وهو صحيح وهو المذهب مطلقا وعليه جماهير الأصحاب وقيل ينقض اذا خالف قياسا جليا وفاقا لمالك والشافعى واختاره فى الرعايتين وقال أو خالف حكم غيره قبله

(٢) قوله « وان كان ممن لا يصلح نقض أحكامه » هذا المذهب وعليه كثر الأصحاب وهو مذهب الشافعى لأن وجود قضائه كعدمه

الصواب منها[1] وان استعداه على القاضى خصم له أحضره[2] وعنه لا يحضره حتى يعلم ان لما ادعى أصلا . وان استعداه على القاضى، قبله سأله عما يدعيه فان قال لى عليه دين معاملة أو رشوة راسله فان اعترف بذلك أمره بالخروج منه وإن أنكر وقال انما يريد تبذيلى فان عرف ان لما ادعاه أصلا أحضره والا فهل يحضره؟ على روايتين. وان قال حكم على بشهادة فاسقين فانكر فالقول قوله بغير يمين . وان قال الحاكم المعزول كنت حكمت فى ولايتى لفلان على فلان بحق قبل قوله[3] ويحتمل ان لا يقبل قوله ، وان ادعى على امرأة غير برزة لم يحضرها وأمرها بالتوكيل وان وجبت عليها اليمين أرسل

---

(١) قوله « ويحتمل الخ » وهذا اختيار المصنف وابن عبدوس والشيخ تقى الدين وغيرهم وجزم به فى الوجيز والمنور وهو ظاهر كلام الخرقى وابن البنا وابن عقيل حيث أطلقوا أنه لا ينقض من حكمه الا ما خالف كتابا أو سنة أو إجماعا ، قال فى الانصاف وهذا الصواب وعليه عمل الناس من مدد ولا يسع الناس غيره وهو قول أبى حنيفة ومالك . وأما إذا خالفت الصواب فانها تنقض بلا نزاع قال فى الرعاية ولو ساغ فيها الاجتهاد

(٢) قوله « وان استعداه على القاضى الخ » قال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى تخصيص الحاكم المعزول بتحرير الدعوى لا معنى له فان الخليفة ونحوه فى معناه وكذلك العالم الكبير والشيخ المتبوع قال فى الانصاف وهذا هو الصواب وكلامهم لا يخالف ذلك والتعليل يدل عليه

(٣) قوله « وان قال الحاكم المعزول الخ » وهذا المذهب سواء ذكر مستنده أولا وبه قال اسحاق وهو من مفردات المذهب ويحتمل أن لا يقبل وهو قول أكثر الفقهاء لأن من لا يملك الحكم لا يملك الاقرار كمن أقر بعتق عبد بعد بيعه ثم اختلفوا فقال الأوزاعى وابن أبى ليلى هو بمنزلة الشاهد اذا كان معه شاهد آخر قبل وقال أصحاب الرأى لا يقبل الا بشاهدين سواه يشهدان بذلك وهذا ظاهر مذهب الشافعى لأن شهادته على فعل نفسه لا تقبل . ولنا انه لو كتب الى غيره ثم عزل ووصل الكتاب بعد عزله لزم المكتوب اليه قبول كتابه ولأنه أخبر بما حكم به وهو غير متهم

اليها من يحلفها . وإذا ادعى على غائب عن البلد فى موضع لا حاكم فيه كتب الى ثقات من أهل ذلك الموضع ليتوسطوا بينهما فان لم يقبلوا قيل للخصم حقق ما تدعيه ثم يحضره وان بعدت المسافة

باب طريق الحكم وصفته

اذا جلس اليه خصمان فله ان يقول من المدعى منكما وله ان يسكت حتى يبتديا فان سبق أحدهما بالدعوى قدمه وان ادعيا معا قدم أحدهما بالقرعة فاذا انقضت حكومته سمع دعوى الآخر ثم يقول للخصم ما تقول فيما ادعاه ويحتمل أن لا يملك سؤاله حتى يقول المدعى أسأل سؤاله عن ذلك فان أقر له لم يحكم حتى يطالبه المدعى بالحكم وان أنكر مثل ان يقول المدعى أقرضته ألفا أو بعته فيقول ما أقرضنى ولا باعنى أو ما يستحق على ما ادعاه ولا شيئا منه أو لاحق له على صح الجواب[1]، وللمدعى ان يقول لى بينة فان لم يقل قال الحاكم ألك بينة فان قال لى بينة أمره باحضارها فان أحضرها سمعها الحاكم وحكم بها اذا سأله المدعى ولا خلاف فى انه يجوز له الحكم بالإقرار والبينة فى مجلسه اذا سمعه معه شاهدان فان لم يسمعه معه أحد أو سمعه معه شاهد

---

(١) قوله « صح الجواب » مراده ما لم يعترف بسبب الحق وذلك مثل ما لو ادعت على من يعترف بأنها زوجته المهر فقال لاتستحق على شيئاً لم يصح الجواب ويلزمه المهر ان لم يقم بينة باسقاطه لجوابه فى دعوى قرض اعترف به لا يستحق على شيئا ولهذا لو أقرت فى مرضها لا مهر لها عليه لم يقبل إلا ببينة انها أخذته نقله مهنا قال فى الفروع والمراد أو انها أسقطته فى الصحة وهو كما قال

[فوائد] لو قال لمدعى دينار لا يستحق على حبة فعند ابن عقيل أن هذا ليس بجواب لأنه لا يكتفى فى دفع الدعوى الا بنص ولا يكتفى بالظاهر ولهذا لو حلف والله انى لصادق فيما ادعيته عليه أو حلف المنكر أنه لكاذب فيما ادعاه على لم يقبل

(الثانية) لو قال لى عليك مائة فقال ليس لك على مائة فلا بد أن يقول ولا شيء منها على الصحيح من المذهب كاليمين وقيل لا يعتبر فعلى الأول لو نكل عما دون المائة حكم عليه بمائة الا جزء

واحد فله الحكم به نص عليه(١) ، وقال القاضى لا يحكم به وليس له الحكم بعلمه بما رآه وسمعه نص عليه(٢) وهو اختيار الأصحاب وعنه ما يدل على

(الثالثة) ظاهر قوله فاذا أحضرها سمعها الحاكم وحكم ان الشهادة لا تسمع قبل الدعوى واعلم ان الحق حقان حق لآدمى معين وحق لله ، فان كان الحق لآدمى معين فالصحيح من المذهب أنها لا تسمع قبل الدعوى جزم به فى المغنى والشرح ، وان كان الحق لله تعالى كالعبادات والحدود والصدقة والكفارة لم تصح به الدعوى بل ولا تسمع وتسمع البينة من غير تقدم دعوى وهذا المذهب وعليه الأصحاب

(الرابعة) تقبل بينة عتق ولو أنكر العبد

(الخامسة) اذا شهدت البينة لم يجز له ترديدها ويحكم فى الحال على الصحيح من المذهب وقال فى الرعاية ان ظن الصلح اخر الحكم وقال فى الفصول وأحببنا له أمرهما بالصلح ويؤخره فان أبيا حكم

(١) قوله « فان لم يسمعه معه أحد الخ » نص عليه فى رواية حرب وهو المذهب لأن الاقرار احدى البينتين فجاز الحكم به فى مجلسه كالشهادة وقال القاضى لا يحكم به وهو رواية عن أحمد وجزم به فى الروضة قال فى الخلاصة لم يحكم به فى الأصح لأنه اذا لم يسمعه معه أحد كان كالحكم بعلمه

(٢) قوله « وليس له الحكم بعلمه الخ » هذا المذهب بلا ريب وعليه الأصحاب وسواء كان حدا أو غيره وسواء فى ذلك ما علمه قبل الولاية أو بعدها وهذا قول شريح والشعبى ومالك واسحاق وأبى عبيد ومحمد بن الحسن وهو أحد قولى الشافعى وعن أحمد يجوز ذلك وهو قول أبى يوسف وأبى ثور والقول الثانى للشافعى لقوله ﷺ لهند « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » فحكم لها بغير بينة ولا اقرار لعلمه بصدقها وروى ابن عبد البر فى كتابه ان عروة ومجاهداً رويا ان رجلا من بنى مخزوم استعدى عمر بن الخطاب رضى الله عنه على أبى سفيان بن حرب أنه ظلمه حداً فى موضع كذا وكذا فقال عمر انى لأعلم الناس بذلك وربما لعبت أنا وأنت فيه ونحن غلمان فأتنى بأبى سفيان فأتاه به فقال عمر رضى الله عنه : يا أبا سفيان خذ هذا الحجر من ههنا فضعه ههنا فقال والله لا أفعل فقال والله لتفعلن فقال والله لا أفعل فعلاه بالدرة وقال خذه لا أم لك فضعه ههنا فانك ما علمت قديم الظلم =

جواز ذلك سواء كان فى حد أو غيره . وان قال المدعى مالى بينة فالقول قول المنكر مع يمينه[1] فيعلمه ان له اليمين على خصمه وان سأل احلافه أحلفه وخلى سبيله وان أحلفه أو حلف هو من غير سؤال المدعى يعتد بيمينه وان نكل قضى عليه بالنكول نص عليه واختاره عامة شيوخنا[2] فيقول له ان حلفت والا قضيت عليك ثلاثا فان لم يحلف قضى عليه اذا سأل المدعى ذلك وعند أبى

= فأخذ أبو سفيان الحجر فوضعه حيث قال عمر رضى الله عنه وعنه يجوز فى غير الحدود وقال ابو حنيفة ما كان من حقوق الله تعالى لا يحكم فيه بعلمه لأن حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة وأما حقوق الآدميين فما علمه قبل ولايته وما علمه فى ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود فى ولايته . ولنا قوله ﷺ « انما أنا بشر وانكم تختصمون إلى ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من بعض فأقضى له على نحو ما أسمع » فدل على أنه انما يقضى بما يسمع لا بما يعلم وقال ﷺ فى قصة الحضرمى « شاهداك أو يمينه ليس لك منه الا ذلك » رواه مسلم وروى عن عمر رضى الله عنه أنه تداعى عنده رجلان فقال له أحدهما أنت شاهدى فقال ان شئتما شهدت ولم أحكم أو أحكم ولا أشهد . وعن أبى بكر رضى الله عنه انه قال لو رأيت رجلا على حد من حدود الله ما أخذته ولا دعوت له أحداً حتى يكون معى غيرى حكاه احمد

(١) قوله « وان قال المدعى مالى بينة الخ » وذلك لما روى وائل بن حجر ان رجلا من حضرموت ورجلا من كندة اتيا رسول الله ﷺ فقال الحضرمى ان هذا غلبنى على ارض ورثتها من ابى وقال الكندى ارضى وفى يدى لا حق له فيها فقال النبى ﷺ شاهداك او يمينه قال انه لا يتورع من شىء قال ليس لك إلا ذلك رواه مسلم

(٢) قوله « وان نكل قضى عليه بالنكول الخ » هذا المذهب نقله الجماعة عن أحمد مريضا كان أو غيره لما روى أحمد ان ابن عمر رضى الله عنهما باع زيد بن ثابت عبداً فادعى زيد عليه انه باعه اياه عالما بعيبه فأنكره ابن عمر فتحاكما إلى عثمان رضى الله عنه فقال عثمان رضى الله عنه احلف انك ما علمت به عيبا فأبى ابن عمر رضى الله عنهما أن يحلف فرد عليه العبد ولأنه ﷺ قال اليمين على المدعى عليه رواه مسلم لحصرها فى جنبه فلم تشرع فى غيره وهذا مذهب أبى حنيفة

الخطاب ترد اليمين على المدعى[1] وقال قد صوبه أحمد وقال ما هو ببعيد يحلف ويأخذ فيقال للناكل لك رد اليمين على المدعى فان ردها حلف المدعى وحكم له وان نكل أيضا صرفهما فان عاد أحدهما فبذل اليمين لم يسمعها فى ذلك حتى يحتكما فى مجلس آخر . وان قال المدعى لى بينة بعد قوله مالى بينة لم تسمع[2] ذكره الخرقى ويحتمل ان تسمع وان قال ما أعلم لى بينة ثم قال قد علمت لى بينة سمعت وان قال شاهدان نحن نشهد لك فقال هذان بينتى سمعت وان قال ما أريد ان تشهدا لى لم يكلف اقامة البينة . وان قال لى بينة وأريد يمينه فان كانت غائبة فله احلافه[3] وان كانت حاضرة فهل له ذلك ؟ على

---

(١) قوله « وعند أبى الخطاب الخ » وقال فى الفروع يجوز ردها وذكرها جماعة فقالوا وعنه ترد اليمين على المدعى قال ولعل ظاهره يجب واختار المصنف فى العمدة ردها واختاره ابن القيم رحمه الله تعالى فى الطرق الحكمية وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى مع علم مدع وحده بالمدعى به لهم ردها وان كان المدعى عليه هو العالم بالمدعى به دون المدعى مثل أن يدعى الورثة أو الوصى على غريم للميت فينكر فلا يحلف المدعى قال وأما ان كان المدعى يدعى العلم والمنكر يدعى العلم فهنا يتوجه القولان يعنى الروايتين ووجه قول أبى الخطاب ما روى ابن عمر رضى الله عنهما ان النبى ﷺ رد اليمين على صاحب الحق رواه الدارقطنى ، وروى أيضا من رواية ابراهيم بن أبى يحيى عن على رضى الله عنه قال المدعى عليه أولى باليمين وان نكل حلف صاحب الحق وأخذه وروى ان المقداد اقترض من عثمان مالا فقال عثمان هو سبعة آلاف وقال المقداد هو أربعة آلاف فقال المقداد لعثمان احلف انه سبعة آلاف فقال عمر رضى الله عنه انصفك ، وهذا مذهب عمر وعثمان رضى الله عنهما

(٢) قوله « وان قال المدعى لى بينة بعد قوله الخ » هذا المذهب نص عليه وهو من مفردات المذهب لأنه أكذب بينته لكونه أقر أنه لا يشهد له أحد فاذا شهد له انسان كان تكذيبا له ويحتمل ان تقبل واختاره ابن عقيل وغيره قال فى الفروع وهو متجه حلفه أولا لأنه يجوز أن ينسى ويكون الشاهدان سمعا منه وصاحب الحق لا يعلم فلا يثبت بذلك أنه أكذب نفسه

(٣) قوله « وان قال لى بينة وأريد يمينه الخ » يعنى اذا كانت غائبة عن المجلس =

وجهين(١). وان حلف المنكر ثم أحضر المدعى بينة حكم بها ولم تكن اليمين مزيلة للحق(٢) وان سكت المدعى عليه فلم يقر ولم ينكر قال له القاضى ان أجبت والا جعلتك ناكلا وقضيت عليك(٣) وقيل يحبسه حتى يجيب وان قال لى مخرج مما

= فله أحلافه وهذا المذهب سواء كانت قريبة أو بعيدة فيقول له الحاكم لك يمينه فان شئت فاستحلفه وان شئت أخرته الى أن تحضر بينتك وليس لك مطالبته بكفيل ولا ملازمته حتى تحضر البينة وهذا مذهب الشافعى لقوله ﷺ شاهداك أو يمينه ليس لك الا ذلك وان أحلفه ثم حضرت بينته حكم بها ولم تكن اليمين مزيلة للحق لأن اليمين انما يصار اليها عند عدم البينة فاذا وجدت البينة بطلت يمينه وتبين كذبه بها

(١) قوله « وان كانت حاضرة الخ » أحدهما له ذلك أو تحليفه اذا كانت حاضرة فى المجلس وهو المذهب نصره المصنف والشارح وفى الآخر يملكها فيحلفه ويقيم البينة بعده. ولنا قوله ﷺ شاهداك أو يمينه ليس لك الا ذلك واو للتخيير بين شيئين فلا يكون له الجمع بينهما. وان قال المدعى لا أريد إقامتها وانما أريد يمينه أكتفى بها استحلف لأن البينة حق له

(٢) قوله « فان حلف المنكر الخ » وجملته ان المدعى اذا ذكر ان بينته بعيدة أو لا يمكنه احضارها أو لا يريد إقامتها فطلب اليمين من المدعى عليه احلف له، فاذا حلف ثم أحضر المدعى بينته حكم له وبهذا قال شريح والشعبى ومالك والثورى والليث وأبو حنيفة والشافعى وأبو يوسف واسحاق وحكى عن ابن أبى ليلى وداود أن بينته لا تسمع لأن اليمين حجة على المدعى عليه فلا تسمع بعدها حجة المدعى. ولنا قول عمر رضى الله عنه البينة الصادقة أحب الى من اليمين الفاجرة. وظاهر هذه البينة الصدق

[فائدة] إذا طلب المدعى حبس المدعى عليه أو اقامة كفيل به إلى اقامة البينة البعيدة لم يقبل منه ولم يكن له ملازمته نص عليه لأنه لم يثبت له قبله حق يحبس به ولا يقيم به كفيلا

(٣) قوله « قال له القاضى الخ » هذا المذهب لأنه ناكل عما توجه عليه الجواب فيه فيحكم عليه بالنكول عنه كاليمين وقيل يحبسه حتى يجيبه اختاره القاضى فى المجرد. والمراد بهذا الوجه اذا لم يكن للمدعى بينة فان كان له بينة قضى بها وجها واحداً

ادعاه لم يكن مجيبا وان قال لى حساب أريد ان انظر فيه لم يلزم المدعى انظاره[١] وان قال قد قضيته أو أبرأنى ولى بينة بالقضاء أو الإبراء وسأل الانظار أنظر ثلاثا وللمدعى ملازمته[٢] فان عجز حلف المدعى على نفى ما ادعاه واستحق[٣] فان ادعى عليه عينا فى يده فأقر بها لغيره جعل الخصم فيها[٤] وهل يحلف المدعى عليه ؟ على وجهين[٥]. فان كان المقر له حاضرا مكلفا سئل فان ادعاها لنفسه

[فائدة] مثل ذلك فى الحكم لو قال لا أعلم قدر حقه

(١) قوله « وان قال لى حساب الخ » هذا أحد الوجهين جزم به فى الهداية والمذهب ومسبوك الذهب والمستوعب والخلاصة والوجيز وشرح ابن منجا ومنتخب الأدمى لأن حق الجواب ثبت له حالا فلا يلزمه انظاره كما لو ثبت عليه الدين وقيل يلزمه انظاره ثلاثا وهو المذهب صححه فى المغنى والشرح قال فى الفروع لزمه انظاره فى الأصح ثلاثة أيام لأنه يحتاج الى ذلك لمعرفة قدر دينه أو يعلم هل عليه شىء أو لا والثلاث مدة يسيرة

(٢) قوله « وان قال قضيته الخ » هذا المذهب لأن الثلاث قريبة ويلزمه لئلا يهرب أو يتغيب .

[فائدة] اذا شهدت البينة للمدعى فقال المدعى عليه احلفوه انه يستحق ما شهدت به البينة لم يحلف لأن فى ذلك طعنا على البينة

[تنبيهان] محل الخلاف اذا لم يكن الخصم أنكر اولا سبب الحق اما ان كان انكر أولا سبب الحق ثم ثبت فادعى قضاء أو ابراء سابقا لم تسمع منه وان أتى ببينة نص عليه

(الثانى) مثل ذلك فى الحكم لو ادعى القضاء أو الابراء وجعلناه مقرا بذلك

(٣) قوله « فان عجز الخ » هذا بلا نزاع لكن لو نكل المدعى حكم عليه وقيل ترد اليمين فله تحليف خصمه فان أبى حكم عليه

(٤) قوله « وان ادعى عليه عينا فى يده فأقر بها الخ » أى وكان صاحب اليد لأنه اعترف أن يده نائبة عن يده واقرار الإنسان بما فى يده اقرار صحيح

(٥) قوله « وهل يحلف المدعى عليه — يعنى المقر — على وجهين » أحدهما يحلف وهو المذهب فيحلف انه لا يعلم انها للدعى والثانى لا يحلف لأن الخصومة انقلبت الى غيره

ولم تكن بينة حلف وأخذها وان أقر بها للمدعى سلمت اليه وان قال ليست لى ولا أعلم لمن هى سلمت الى المدعى فى أحد الوجهين وفى الآخر لا تسلم اليه إلا ببينة ويجعلها الحاكم عند أمين . وان أقر بها الغائب أو صبي أو مجنون سقطت عنه الدعوى[١]. ثم ان كان للمدعى بينة سلمت اليه وهل يحلف على وجهين[٢] وان لم يكن له بينة حلف المدعى عليه انه لا يلزمه تسليمها اليه وأقرت فى يده[٣] الا ان يقيم بينة انها لمن سمى فلا يحلف . وان أقر بها لمجهول قيل له إما ان تعرفه او نجعلك ناكلا

فصل

ولا تصح الدعوى الا محررة تحريرا يعلم بها المدعى [٤] الا فى الوصية

---

(١) قوله « وان أقر بها الغائب الخ » أى لأن الدعوى صارت على غيره ويصير الغائب والولى خصمين

(٢) قوله « وهل يحلف على وجهين » احدهما لا يحلف وهو المذهب لان البينة وحدها كافية للخبر

(٣) قوله « وان لم يكن له بينة الخ » هذا المذهب فيوقف الأمر حتى يقدم الغائب ويصير غير المكلف مكلفا فتكون الخصومة له فلو نكل المدعى عليه غرم بدلها فان كان المدعى اثنين لزمه لهما عوضان

(٤) قوله « ولا تصح الدعوى إلا محررة الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب الا ما استثنى لأن الحاكم يسأل المدعى عليه عن ما دعاه المدعى فان اعترف به ألزمه ولا يمكنه أن يلزمه مجهولا واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى ان مسئلة الدعوى وفروعها ضعيفة لحديث الحضرمى وان الثبوت المحض يصح بلا مدعى عليه وقال اذا قيل لاتسمع الا محررة فالواجب ان من ادعى مجملا استفصله الحاكم وقال المدعى عليه قد يكون مبهما كدعوى الأنصار قتل صاحبهم ودعوى المسروق منه على بنى ابيرق ثم المجهول قد يكون مطلقا وقد ينحصر فى قوم كقوله نكحنى أحدهما وقوله زوجنى احداهما . انتهى

والاقرار فانها تجوز بالمجهول[١] فان كان المدعى عينا حاضرة عينها وان كانت غائبة ذكر صفاتها ان كانت تنضبط بها[٢] والأولى ذكر قيمتها[٣] وان كانت تالفة

[فائدة] قال فى الرعاية لو كان المدعى به مشهوراً عند الخصمين والحاكم كفت شهرته عن تحديده ، قال فى الفروع وتكفى شهرته عند أحدهما أو عند حاكم عن تحديده لحديث الحضرمى والكندى

(١) قوله « الا فى الوصية والاقرار الخ » وكذا فى العبد المطلق فى المهر إذا قلنا يصح وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب لأنه لو أوصى أو أقر بشىء مجهول لصح فكذا هذا

[فوائد] من شرط صحة الدعوى ان تكون متعلقة بالحال على الصحيح من المذهب ، وقيل تسمع بدين مؤجل لاثباته . قال فى الترغيب الصحيح انها تسمع فيثبت أصل الحق للزوم فى المستقبل كدعوى تدبير وانه يحتمل فى قوله قتل أبى أحد هؤلاء الخمسة انها تسمع للحاجة لوقوعه كثيراً ويحلف كل واحد منهم وكذا دعوى غصب واتلاف وسرقة مال لاقرار وبيع إذا قال نسيت لأنه مقصر وقال فى الرعاية تسمع الدعوى بدين مؤجل لاثباته إذا خاف سفر الشهود أو المديون مدة لغير أجله

(الثانية) يشترط فى الدعوى انفكاكها عن ما يكذبها فلو ادعى عليه انه قتل أباه منفرداً ثم ادعى على آخر المشاركة فيه لم تسمع الثانية ولو أقر الثانى ، الا أن يقول غلطت وكذبت فى الأولى فالأظهر يقبل قاله فى الترغيب وقدمه فى الفروع لامكانه والحق لا يعدوهما

(الثالثة) لو قال كان لك أمس أو بيدك أمس لزمه سبب زوال يده على أصح الوجهين والثانى لا يلزمه

(الرابعة) لو أحضر ورقة فيها دعوى محررة وقال ادعى بما فيها مع حضور خصمه لم تسمع قاله فى الرعاية والفروع

(الخامسة) تسمع دعوى استيلاد وكتابة وتدبير على الصحيح من المذهب

(٢) قوله « ذكر صفاتها الخ » أى لأنها تتميز بذلك

(٣) قوله « والأولى ذكر قيمتها » أى مع ذكر صفاتها

من ذوات الامثال ذكر قدرها وجنسها وصفتها[١] وان ذكر قيمتها كان أولى وان لم تنضبط بالصفات فلا بد من ذكر قيمتها[٢] وان ادعى نكاحا فلا بد من ذكر المرأة بعينها ان حضرت والا ذكر اسمها ونسبها وذكر شروط النكاح وانه تزوجها بولى مرشد وشاهدى عدل ورضاها فى الصحيح من المذهب[٣] وان ادعى بيعا أو عقدا سواه فهل يشترط ذكر شروطه ؟ يحتمل وجهين وان ادعت المرأة نكاحا على رجل وادعت معه نفقة او مهرا سمعت دعواها وان لم تدع سوى النكاح فهل تسمع دعواها ؟ على وجهين. وان ادعى قتل موروثه ذكر القاتل وانه انفرد به أو شارك غيره وانه قتله عمدا أو خطأ أو شبه عمد ويصفه . وان ادعى الارث ذكر سببه وان ادعى شيئا محلى قوّمه بغير جنس حليته فان كان محلى بذهب وفضة قومه بما شاء منهما للحاجة

---

(١) قوله « وان كانت تالفة الخ » أى فيذكر هنا ما يذكر فى صفة السلم وان ذكر قيمتها مع ذكر صفات السلم كان أولى لأنه أضبط وأحصر

(٢) قوله « وان لم تنضبط الخ » أى كالجواهر ونحوها وهذا بلا نزاع لأنها لا تعلم الا بذلك

(٣) قوله « وان ادعى نكاحا الخ » ما ذكره الصحيح من المذهب هو المذهب كما قال يعنى يشترط فى صحة الدعوى بالنكاح ذكر شروطه وهذا منصوص الشافعى وقال أبو حنيفة ومالك لا يحتاج إلى ذكر شرائطه لأنه نوع ملك فأشبه ملك العبد ولنا ان النكاح مختلف فى شرائطه وقد يدعى نكاحا يعتقده صحيحاً والحاكم لا يعتقده صحيحاً ولا ينبغى أن يحكم بصحته مع جهله بها ولا يعلمها إلا بذكر الشروط وقيام البينة بها ويفارق المال فان أسبابه لا تنحصر

[فائدتان] قال المصنف والشارح لو كانت الزوجة أمة والزوج حرا فقياس ما ذكرناه يحتاج الى ذكر عدم الطول وخوف العنت

(الثانية) لو ادعى زوجية امرأة فأقرت فهل يسمع اقرارها وهو ظاهر كلام الخرقى وصححه المجد أو لا يسمع أو ان ادعى زوجيتها واحد قبل وان ادعاه اثنان لم يقبل قطع به المصنف فى المغنى فيه ثلاث روايات

فصل

ويعتبر فى البينة العدالة ظاهرا و باطنا(١) فى اختيار أبى بكر والقاضى وعنه

[فائدة] قال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى لا يعتبر فى اداء الشهادة قوله وان الدين باق فى ذمة الغريم الى الآن بل يحكم الحاكم باستصحاب الحال اذا ثبت عنده سبق الحق إجماعا. وقال أيضا فيمن بيده عقار فادعى رجل بثبوت عند الحاكم أنه كان لجده الى موته ثم لورثته ولم يثبت انه مخلف عن موروثه لا ينزع منه بذلك لأن أصلين تعارضا وأسباب انتقاله أكثر من الارث ولم تجر العادة بسكوته المدة الطويلة ولو فتح هذا لانتزع كثير من عقار الناس بهذه الطريق وقال فيمن بيده عقار فادعى آخر انه كان ملكا لأبيه فهل تسمع بغير بينة قال لا تسمع إلا بحجة شرعية أو اقرار من هو فى يده أو تحت حكمه. وقال فى بينة شهدت له بملكه إلى حين وقفه وأقام الوارث بينة أن مورثه اشتراه من الواقف قبل وقفه قدمت بينة وارث لأن معها مزيد علم كتقديم من شهد بأنه ورثه من أبيه وآخر انه باعه. انتهى

(١) قوله « ويعتبر فى البينة العدالة ظاهراً و باطنا » هذا المذهب وبه قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد. وعن أحمد تقبل شهادتهما اذا عرف اسلامهما بظاهر الحال الا أن يقول الخصم هما فاسقان وهذا قول الحسن وسواء فى ذلك الحد والمال وهذا اختيار أبى بكر وصاحب الروضة لأن الظاهر من المسلمين العدالة ولهذا قال عمر رضى الله عنه المسلمون عدول بعضهم على بعض. وروى أن اعرابياً جاء الى النبى ﷺ فشهد برؤية الهلال فقال النبى ﷺ أتشهد أن لا إله إلا الله فقال نعم فقال أتشهد انى رسول الله قال نعم فصام وأمر الناس بالصيام. وقال أبو حنيفة فى الحدود والقصاص كالرواية الأولى وفى سائر الحقوق كالثانية لأن الحدود والقصاص مما يحتاط لها وتدرأ بالشبهات بخلاف غيرها ولنا أن العدالة شرط فوجب العمل بها كالاسلام ... الأعرابى المسلم فانه من أصحاب رسول الله ﷺ وقد ثبتت عدالتهم بثناء الله ... ضى الله عنه فالمراد به الظاهر العدالة ولا يمنع ذلك وجوب ... العدالة فقد روى عنه أنه أتى بشاهدين فقال لهما لست ... كما فأتيا برجل فقال عمر رضى الله عنه تعرفهما قال نعم ... صحبتهما فى السفر الذى تبين فيه جواهر الناس قال لا قال ... لدراهم التى تقطع فيها الرحم قال لا قال كنت جاراً لهما تعرف =

تقبل شهادة كل مسلم لم تظهر منه ريبة اختاره الخرقى وان جهل اسلامه رجع الى قوله والعمل على الاول واذا علم الحاكم عدالتهما عمل بعلمه وحكم بشهادتهما[1] الا ان يرتاب بهما فيفرقهما ويسأل كل واحد كيف تحملت ومتى[2] وفى أى

= صباحهما ومساءهما قال لا قال يا ابن أخى لست تعرفهما جيئا بمن يعرفكما وهذا بحث يدل على انه لا يكتفى بدونه . إذا ثبت هذا فيعتبر أربعة شروط : الاسلام والبلوغ والعقل والعدالة وليس فيها ما يخفى إلا العدالة فيحتاج الى البحث عنها قال الله تعالى ﴿ ممن ترضون من الشهداء ﴾ ولا نعلم انه مرضى حتى نعرفه أو نخبر عنه وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى من قال ان الأصل فى الانسان العدالة فقد أخطأ وانما الأصل فيه الجهل والظلم قال الله تعالى ﴿ وحملها الانسان إنه كان ظلوما جهولا ﴾ وقال ابن القيم رحمه الله تعالى فى أواخر بدائع الفوائد إذا شك فى الشاهد هل هو عدل أم لا لم يحكم بشهادته إذ الغالب فى الناس عدم العدالة وقول من قال الأصل فى الناس العدالة كلام مستدرك بل العدالة حادثة تتجدد والأصل عدمها فان خلاف العدالة مستنده جهل الانسان وظلمه والانسان جهول ظلوم فالمؤمن يكمل بالعلم والعدالة وهما جماع الخير وغيره يبقى على الأصل

(١) قوله « واذا علم الحاكم الخ » لا نعلم فى هذا خلافا واذا عرف عدالة الشهود قال للمشهود عليه قد شهدا عليك فان كان عندك ما يقدح فى شهادتهما فبينه عندى فان لم يقدح حكم عليه

[فائدة] لا يجوز الاعتراض عليه لتركه تسمية الشهود وذكر الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى ان له طلب تسمية البينة ليتمكن من القدح بالاتفاق قال فى الفروع ويتوجه مثله لو قال حكمت بكذا ولم يذكر مستنده

(٢) قوله « إلا أن يرتاب الخ » يلزم الحاكم سؤال الشهود والبحث عن صفة تحملها وغيره إذا ارتاب فيهما على الصحيح من المذهب وروى عن على رضى الله عنه أن سبعة نفر خرجوا ففقد واحد منهم فأتت زوجته عليا رضى الله عنه فدعا الستة فسألهم فأنكروا ففرقهم وأقام كل واحد منهم عند سارية ووكل به من يحفظه ودعا واحدا منهم فسأله فأنكر فقال الله أكبر فظن الباقون أنه قد اعترف فدعاهم فاعترفوا فقال للأول قد شهدوا عليك وأنا قاتلك فاعترف فقتلهم

موضع وهل كنت وحدك أو أنت وصاحبك فان اختلفا لم يقبلهما وان اتفقا وعظهما وخوفهما فان ثبتا حكم بهما اذا ساله المدعى فان جرحهما المشهود عليه كلف البينة بالجرح(١) فان سأل الانظار أنظر ثلاثا وللمدعى ملازمته فان لم يقم بينة حكم عليه . ولا يسمع الجرح الا مفسرا بما يقدح فى العدالة(٢) اما ان يراه او يستفيض عنه . وعنه انه يكفى ان يشهد انه فاسق

[فائدة] إذا اتصلت به الحجة واستنارت الحجة لأحد الخصمين حكم اذا سأله فان كان فيها لبس أمرهما بالصلح فان أبيا أخرهما الى البيان . وممن رأى الاصلاح بين الخصوم شريح وعبد الله بن عتبة وأبو حنيفة والشافعى والعنبرى . وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يحدث بين القوم الضغائن . قال أبو عبيد انما يسعه الصلح فى الأمور المشكلة أما اذا استنارت الحجة لأحد الخصمين فليس له أن يحملهما على الصلح ونحوه قول عطاء واستحسنه ابن المنذر

(١) قوله « وان جرحهما المشهود عليه الخ » هذا الصحيح من المذهب وذلك لما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال فى كتابه الى أبى موسى واجعل لمن ادعى حقاً غائباً أمدا ينتهى اليه فان أحضر بينة أخذت له حقه والا استحللت القضية عليه لأنه أنفى للشك وأجلى للعمى ويحتمل أن لا يمهل

(٢) قوله « ولا يسمع الجرح الخ » أى فلا يكفى مطلق الجرح وهذا المذهب وبهذا قال الشافعى وسوار وعنه يكفى أن يشهدا انه فاسق وبه قال أبو حنيفة لأن التعديل يسمع مطلقاً فكذلك الجرح ولأن التصريح بالسبب يجعل الجارح فاسقا يوجب عليه الحد فى بعض الحالات وهو أن يشهد عليه بالزنا فيفضى إلى جرح الجارح ولنا أن الناس يختلفون فى أسباب الجرح كاختلافهم فى شارب يسير النبيذ ولئلا يجرحه بما لا يراه القاضى جرحا . وقولهم يفضى إلى جرح الجارح وإيجاب الحد عليه قلنا ليس كذلك لأنه يمكنه التعريض من غير تصريح

[فائدتان] قوله « أو يستفيض » اعلم ان له أن يقدح فى العدالة فيشهد بها بالاستفاضة على الصحيح من المذهب وقيل ليس له ذلك كالتزكية فى أصح الوجهين فيها وفى التزكية وجه اختاره الشيخ تقى لدين وقال المسلمون يشهدون فى مثل عمر ابن عبد العزيز والحسن بما لا يعلمونه إلا بالاستفاضة وقال لا نعلم فى الجرح بالاستفاضة نزاعا بين الناس

وليس بعدل وان شهد عنده فاسق يعرف حاله قال للمدعى زدنى شهودا [١] وان جهل حاله طالب المدعى بتزكيته[٢] ويكفى فى التزكية شاهدان يشهدان انه

(الثانية) يعرض الجارح بالزنا فان صرح ولم يأت بتمام أربعة شهود حد خلافاً للشافعى

[فوائد] إذا أقام المدعى بينة ان هذين الشاهدين شهدا بهذا الحق عند حاكم فرد شهادتهما لفسقهما بطلت شهادتهما لأن الشهادة إذا ردت لفسق لم تقبل مرة ثانية

(الثانية) لا يقبل الجرح والتعديل من النساء ، وقال أبو حنيفة يقبل لأنه لا يعتبر فيه لفظ الشهادة فأشبه الرواية وأخبار الديانات . ولنا أنها شهادة فيما ليس بمال ولا يقصد منه المال ويطلع عليه الرجال فى غالب الأحوال

(الثالثة) لا يقبل الجرح من الخصم بلا خلاف بين العلماء

(الرابعة) لا تقبل شهادة المتوسمين ، وذلك إذا حضر مسافران فشهدا عند الحاكم لا يعرفهما لم يقبل شهادتهما . وقال مالك يقبلهما إذا رأى منهما سيما الخير لأنه لا سبيل إلى معرفة عدالتهما ففى التوقف عنهما تضييع للحقوق ولنا أن عدالتهما مجهولة فلم يجز الحكم بشهادتهما كشاهدى الحظر وما ذكره معارض بأن قولها يفضى الى القضاء بشهادتهما فى دفع الحق إلى غير مستحقه

(١) قوله « وان شهد عنده فاسق الخ » أى يقول ذلك لئلا يفضحه

(٢) قوله « وان جهل حاله الخ » هذا بناء على اعتبار العدالة ظاهرا وباطنا وهو المذهب كما تقدم لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه أتى بشاهدين فقال لهما انى لا أعرفكما ولا يضركما ان لم أعرفكما جيئا بمن يعرفكما

[فوائد] لا يكفى قولهما لانعلم الا خيرا

(الثانية) لا تجوز التزكية إلا لمن له خبرة باطنة قطع به الأصحاب زاد فى الترغيب ومعرفة بالجرح والتعديل

(الثالثة) التزكية حق للشرع يطلبها الحاكم وان سكت عنها الخصم هذا الصحيح من المذهب وقيل حق للخصم فلو أقر لها حكم عليه بدونها وعلى الأول لا بد منها

عدل مرضى ولا يحتاج ان يقول عليّ ولى . وان عدله اثنان وجرحه اثنان فالجرح أولى[١] وان سأل المدعى حبس المشهود عليه حتى يزكى فهل يحبس شهوده ؟ على وجهين[٢] . وان أقام شاهدا وسأله حبسه حتى يقيم الآخر حبسه ان كان فى المال وان كان فى غيره فعلى وجهين[٣] . وان حاكم اليه من لا يعرف لسانه ترجم له من يعرف لسانه ولا يقبل فى الترجمة والجرح والتعديل والتعريف والرسالة الا قول عدلين[٤] وعنه يقبل قول واحد ومن ثبتت عدالته مرة فهل يحتاج الى تجديد البحث عن عدالته مرة أخرى ؟ على وجهين

على قوله « يشهدان أنه عدل مرضى » * أو عدل مقبول الشهادة ويكفى قوله عدل على الصحيح

(١) قوله « وان عدله اثنان وجرحه الخ » هذا بلا نزاع وبه قال أبو حنيفة والشافعى وقال مالك ينظر أيهما أعدل فيؤخذ بقول أعدلها . ولنا أن الجارح معه زيادة علم خفيت على المعدل فوجب تقديمه

[فائدة] إذا قلنا يقبل جرح واحد فجرحه واحد وزكاه اثنان فالتزكية أولى على أصح الوجهين قاله فى الفروع وجزم به فى المحرر والمنور والزركشى وغيرهم . وقيل الجرح أولى وهو أولى وقال الزركشى لو عدله ثلاثة وجرحه اثنان وبينا السبب فالجرح أولى وان لم يبينا السبب فالتعديل أولى

(٢) قوله « وان سأل المدعى حبس الخ » أحدهما يجاب ويحبس وهو المذهب لأن الظاهر العدالة وعدم الفسق والثانى لا يحبس لأن الأصل براءة الذمة

[فائدة] مدة حبسه ثلاثة أيام على الصحيح من المذهب

(٣) قوله « وان أقام شاهدا الخ » هذا المذهب لأن الشاهد حجته فيه وانما اليمين مقوية له وان كان فى غيره لم يحبس لأنه لا يكون حجة فى إثباته وهذا المذهب أيضاً

(٤) قوله « ولا يقبل فى الترجمة الخ » وهذا المذهب بلا ريب ، وعنه يقبل واحد وهذا اختيار أبى بكر وابن المنذر وقول أبى حنيفة قال ابن المنذر فى حديث زيد بن ثابت رضى الله عنه ان النبى ﷺ أمره أن يتعلم كتابة يهود قال فكنت =

فصل

وان ادعى على غائب أو مستتر فى البلد أو ميت أو صبى أو مجنون وله بينة سمعها الحاكم وحكم بها(١) . وهل يحلف المدعى انه لم يبرأ اليه منه ولا من

= أكتب له إذا كتب اليهم وأقرأ إذا كتبوا اليه ولأنه مما لا يفتقر فيه إلى لفظ الشهادة فأجزأ فيه الواحد كأخبار الديانات . ولنا أنه نقل ما خفى عن الحاكم فيما يتعلق بالمتحاكمين فوجب فيه كالشهادة ولأن ما لا يفهمه الحاكم وجوده عنده كغيبته فعلى المذهب يكون ذلك شهادة يفتقر إلى ذكر العدد والعدالة ويعتبر فيها من الشروط ما يعتبر فى الشهادة على الاقرار بذلك الحق فان كان مما يتعلق بالحدود والقصاص اعتبر فيه الحرية ولم يكف الا شاهدان ذكران وان كان مالا كفى فيه رجل وامرأتان ولم تعتبر الحرية . وان كان فى حد زنا فالأصح أربعة وقيل يكفى اثنان بناء على الروايتين فى الشهادة على الاقرار بالزنا بناء على ما تقدم ويعتبر فيه لفظ الشهادة

[فائدتان] اذا ادعى العبد أن سيده اعتقه وأقام شاهدين لم يعدلا فسأل الحاكم أن يحول بينه وبين سيده الى أن يبحث الحاكم عن عدالة الشهود فعلى الحاكم ذلك ويؤجره من ثقة ينفق عليه من كسبه

(الثانية) إذا أقامت المرأة شاهدين يشهدان بطلاقها ولم تعرف عدالة الشهود حيل بينه وبينها وان أقامت شاهدا واحدا لم يحل بينهما لأن البينة لم تتم وهذا لا يثبت إلا بشاهدين

(١) قوله « وإن ادعى على غائب الخ » وهذا المذهب فى ذلك كله فاذا ادعى حقا على غائب فى بلد آخر طلب من الحاكم سماع البينة والحكم بها عليه فعلى الحاكم إجابته إذا كملت الشروط وبهذا قال ابن شبرمة ومالك والشافعى والأوزاعى والليث وسوار وأبو عبيد وإسحاق وابن المنذر وكان شريح لا يرى الحكم على الغائب وعن أحمد رحمه الله تعالى مثله وبه قال ابن أبى ليلى والثورى وأبو حنيفة وأصحابه وروى ذلك عن القاسم والشعبى إلا أن أبا حنيفة قال إذا كان له خصم حاضر من وكيل أو شفيع جاز الحكم عليه واحتجوا بما روى عن النبى ﷺ أنه قال لعلى رضى الله عنه إذا تقاضى اليك رجلان فلا تقض للأول حتى تسمع كلام الآخر فانك تدرى =

شيء منه ؟ على روايتين (١). ثم اذا قدم الغائب او بلغ الصبي أو أفاق المجنون

= بما تقضي قال الترمذي هذا حديث حسن ولأنه يجوز ان يكون للغائب ما يبطل البينة ويقدح فيها فلم يجز الحكم ولنا أن هنداً قالت يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي قال خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف متفق عليه فقضى عليه لها ولم يكن حاضراً ولأن هذا له بينة عادلة مسموعة فجاز الحكم بها وأما حديثهم فنقول به إذا تقاضى اليه رجلان لم يجز الحكم قبل سماع كلامهما وهذا يقتضي أن يكونا حاضرين وقد ناقض ابو حنيفة أصله فقال إذا جاءت امرأة فادعت ان لها زوجا غائبا وله مال في يد رجل وتحتاج إلى النفقة واعترف لها بذلك فان الحاكم يقضي عليه بالنفقة ولو ادعى على حاضر انه اشترى من غائب مافيه شفعة وأقام بينة بذلك حكم بالبيع والأخذ بالشفعة وكذلك الحكم في المستتر في البلد لأنه تعذر حضوره أشبه الغائب بل أولى لأنه لا عذر له

[فوائد] ظاهر كلام المصنف انه إذا حكم له انه يعطى العين المدعاة وهو ظاهر كلام احمد رحمه الله تعالى قال الزركشي هذا أشهر الوجهين وقيل يعطى بكفيل وما هو ببعيد

(الثانية) مراده بالمستتر هنا الممتنع من الحضور

(الثالثة) الغيبة هنا مسافة القصر على الصحيح من المذهب

(الرابعة) ظاهر كلام المصنف صحة الدعوى على الغائب في جميع الحقوق وهو ظاهر كلام الخرقي والمجد وغيرهم وقال ابن البنا والمصنف وابن حمدان وغيرهم انما يقضى على الغائب في حقوق الآدميين لا في حقوق الله تعالى كالزنا والسرقة نعم يقضى في السرقة بالمال فقط وفي حد القذف وجهان بناء على انه حق لله أو لآدمي

(١) قوله « وهل يحلف المدعي الخ » احداهما لا يحلف وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب لقوله ﷺ البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه والثانية يستحلف معها صححه في الخلاصة والرعايتين وجزم به في الوجيز وهو قول الشافعي لأنه يجوز ان يكون استوفى ما قامت به البينة

[تنبيه] قوله ثم إذا قدم الغائب الخ هذا صحيح لكن لو جرح البينة بأمر بعد أداء الشهادة أو مطلقا لم يقبل لجواز كونه بعد الحكم فلا يقدح فيه وإلا قبل

فهو على حجته. وان كان الخصم فى البلد غائبا عن المجلس لم تسمع البينة حتى يحضر[١] فان امتنع عن الحضور سمعت البينة وحكم بها فى احدى الروايتين[٢] والاخرى لا تسمع حتى يحضر فان أبى بعث الى صاحب الشرطة ليحضره فان تكرر منه الاستتار أقعد على بابه من يضيق عليه فى دخوله وخروجه حتى يحضر. وان ادعى ان أباه مات عنه وعن أخ له غائب وله مال فى يد فلان او دين عليه فاقر المدعى عليه أو ثبتت ببينة سلم الى المدعى نصيبه وأخذ الحاكم نصيب الغائب فيحفظه له. ويحتمل أنه اذا كان المال دينا ان يترك نصيب الغائب فى ذمة الغريم حتى يقدم[٣] وان ادعى انسان ان الحاكم حكم له بحق فصدقه

---

(١) قوله « وان كان الخصم فى البلد غائباً الخ » ولا تسمع أيضاً الدعوى وهذا المذهب وهو قول أكثر أهل العلم ولأصحاب الشافعى وجه يقضى عليه لأنه غائب أشبه البعيد ولنا ان حضوره ممكن فلم يجز الحكم عليه كحاضر المجلس ، ونقل أبو طالب يسمعان ولايحكم عليه حتى يحضر صححه فى المحرر واختاره الناظم وجزم به فى المنور

(٢) قوله « فان امتنع من الحضور الخ » هذا المذهب وهو مذهب الشافعى لأنه تعذر حضوره وسؤاله فجاز القضاء عليه كالغائب البعيد بل هذا أولى لأن البعيد معذور وهذا لا عذر له

(٣) قوله « ويحتمل انه اذا كان المال دينا الخ » من ادعى ان أباه مات وخلفه وأخا له غائبا لا وارث له سواهما وترك فى يد انسان دارا أو عيناً منقولة فأقر له صاحب اليد أو أنكر فثبتت بينة بما ادعاه ثبت ما فى يد المدعى عليه للميت وانتزعت من يد المنكر ودفع نصفها إلى المدعى وجعل النصف الآخر فى يد أمين للغائب يكريه له ان كان يمكن كراه وبهذا قال الشافعى وهو الصحيح من المذهب. وقال أبو حنيفة ان كان مما لا ينقل ولا يحول او مما يتحفظ ولا يخاف هلاكه لم ينزع نصيب الغائب من يد المدعى عليه لأن الغائب لم يدعه ولا وكيله. ولنا أنها تركة ميت ثبتت ببينة فوجب ان ينزع نصيب الغائب كالمنقول وكما لو كان أخوه صغيرا أو مجنونا

قبل قول الحاكم وحده(١) وان لم يذكر الحاكم ذلك فشهد عدلان انه حكم له به قبل شهادتهما وامضى القضاء(٢) وكذلك ان شهدا ان فلانا وفلانا شهدا عندك بكذا قبل شهادتهما(٣) وان لم يشهد به أحد لكن وجده فى قمطره فى صحيفة تحت ختمه بخطه فهل ينفذه؟ على روايتين(٤) . وكذلك الشاهد اذا رأى خطه فى كتاب بشهادة ولم يذكرها فهل له ان يشهد بها ؟ على روايتين(٥)

---

(١) قوله « وان ادعى انسان ان الحاكم الخ » إذا قال الحاكم المنصوب حكمت لفلان على فلان بكذا أو نحوه وليس اباه ولا ابنه قبل قوله على الصحيح من المذهب نص عليه وسواء ذكر مستندا أو لا وليس هذا حكما بالعلم انما هو امضاء لحكمه السابق

(٢) قوله « وان لم يذكر الحاكم ذلك الخ » هذا المذهب وبه قال ابن أبى ليلى ومحمد بن الحسن . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعى لا يقبل لأنه لا يمكنه الرجوع إلى الاحاطة والعلم فلا يرجع إلى الظن كالشاهد إذا نسى شهادته فشهد عنده شاهدان انه شهد لم يكن له أن يشهد . ولنا انه لو شهدا عنده بحكم غيره قبله فكذلك إذا شهدا عنده بحكمه

(٣) قوله « وكذا ان شهدا ان فلانا الخ » هذا بلا نزاع فيقبل شهادتهما على الشاهدين كما يقبل شهادتهما على الحق نفسه

(٤) قوله « وان لم يشهد به أحد الخ » أحدهما ليس له تنفيذه وهو المذهب إلا أن يذكره نص عليه أحمد رحمه الله تعالى فى الشهادة لأنه حكم حاكم لم يعلمه فلم يجز إنفاذه إلا ببينة كحكم غيره ولايجوز أن يزور عليه وعلى خطه وختمه والثانية يحكم به سواء كان فى قمطره أو لا اختاره فى الترغيب وجزم به فى الوجيز ومنتخب الأدمى والمنور وقدمه فى المحرر والنظم ، قال فى الانصاف وعليه العمل

(٥) قوله « وكذلك الشاهد الخ » احداهما ليس له أن يشهد وهو الصحيح من المذهب لما تقدم والثانية له ان يشهد إذا حرره وإلا فلا لأن الظاهر انها خطه وعنه له ان يشهد مطلقاً اختاره فى الترغيب وجزم به فى الوجيز ومنتخب الأدمى والمنور

فصل

ومن كان له على إنسان حق ولم يمكنه أخذه بالحاكم وقدر له على مال لم يجز له ان يأخذ قدر حقه نص عليه واختاره عامة شيوخنا ، وذهب بعضهم من المحدثين الى جواز ذلك ، فان قدر على جنس حقه أخذ قدر حقه والا قومه وأخذ بقدر حقه متحريا للعدل فى ذلك لحديث هند « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » وكقوله عليه السلام « الرهن مركوب ومحلوب »[1]

(١) قوله « ومن كان له على إنسان الخ » إذا كان لرجل على غيره حق وهو مقر به باذل له لم يكن له ان يأخذ من ماله إلا ما يعطيه بلا خلاف بين أهل العلم فان أخذ من ماله شيئاً بغير اذنه لزمه رده اليه وان كان قدر حقه وان كان مانعاً لأمر يبيح المنع كالتأجيل والاعسار لم يجز أخذ شيء من ماله بغير خلاف وان أخذ شيئاً لزمه رده ماكان باقياً أو عوضه ان كان تالفاً ولا يحصل التقاص مطلقا . وان كان مانعاً له بغير حق وقدر على استخلاصه بالحاكم أو السلطان لم يجز له الأخذ أيضاً بغير خلاف واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى جواز الأخذ ولو قدر على أخذه بالحاكم فى الحق الثابت باقرار أو بينة أو كان سبب الحق ظاهراً قال فى الفروع وهو ظاهر كلام ابن شهاب وغيره وان لم يقدر على ذلك لكونه جاحداً له ولا بينة به أو لا يجيبه إلى المحاكمة ولا يمكنه إجباره وهى مسئلة الكتاب فالمذهب لا يجوز له الأخذ نقله الجماعة عن أحمد رحمه الله تعالى قال المصنف والشارح هذا المشهور فى المذهب قال الزركشى هذا المذهب المنصوص وذهب بعض الأصحاب من المحدثين إلى جواز ذلك وهو رواية عن أحمد وخرجه ابو الخطاب ومن تبعه من الأصحاب من قول أحمد فى المرتهن يركب ويحلب بقدر نفقته والمرأة تأخذ مؤنتها والبائع للسلعة يأخذها من مال المفلس بغير رضاه فعلى هذا ان قدر على جنس حقه أخذ بقدره وإلا قومه وأخذ بقدره وقال الشافعى ان لم يقدر على استخلاص حقه ببينة فله أخذ قدر حقه من جنسه او من غير جنسه وان كانت له به بينة وقدر على استخلاصه ففيه وجهان والمشهور من مذهب مالك انه ان لم يكن لغيره عليه دين فله ان يأخذ بقدر حقه وان كان عليه دين لم يجز لأنهما جنس حقه وان كان عرضا لم يجز لأنهما يتحاصان فى ماله اذا أفلس وقال له ان يأخذ بقدر حقه وان كان =

وحكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته فى الباطن[١] وذكر ابن أبى موسى عنه رواية انه يزيل العقود والفسوخ

باب كتاب القاضى الى القاضى

يقبل كتاب القاضى الى القاضى فى المال وما يقصد به المال[٢] كالقرض

= عيناً أو ورقاً أو من جنس حقه وان كان عرضاً لم يجز لأن أخذ العرض اعتياض ولا تجوز المعاوضة إلا برضاء المتعاوضين ووجه الاول قوله ﷺ « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولاتخن من خانك » رواه الترمذى وقال حسن وقال عليه الصلاة والسلام « لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس منه »

[تنبيه] محل الخلاف فى هذه المسئلة إذا لم يكن الحق الذى فى ذمته قد أخذه قهرا فاما ان كان قد غصب ماله فيجوز له الأخذ بقدر حقه ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى وغيره وقال ليس هذا من هذا الباب

(١) قوله « وحكم الحاكم الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب وهذا قول الجمهور منهم مالك والاوزاعى والشافعى وأحمد واسحاق وابو ثور وداود ومحمد بن الحسن وقال أبو حنيفة إذا حكم بعقد او فسخ او طلاق نفذ حكمه ظاهرا وباطناً فلو أن رجلين تعمدا الشهادة على رجل انه طلق امرأته فقبلهما القاضى لعدالتهما ففرق بين الزوجين جاز لاحد الشاهدين نكاحها بعد قضاء عدتها ، ولوان رجلا ادعى نكاح امرأة وهو يعلم انه كاذب وأقام شاهدى زور فحكم الحاكم حلت له بذلك وصارت زوجته واحتج بما روى عن على رضى الله عنه ان رجلا ادعى على امرأة نكاحها فرفعها إلى على فشهد له شاهدان بذلك فقضى بينهما بالزوجية فقالت والله ما تزوجنى يا أمير المؤمنين اعقد بيننا عقدا حتى أحل له فقال شاهداك زوجاك فدل على أن النكاح ثبت بحكمه . ولنا قول النبى ﷺ « انما أنا بشر وانكم تختصمون إلى ولعل بعضكم ان يكون ألحن بحجته من بعض فاقضى على نحو ما أسمع منه فمن قضيت له بشىء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئا فانما أقطع له قطعة من النار » متفق عليه وخبر على رضى الله عنه ان صح فلا حجة فيه لأنه أضاف التزويج إلى الشاهدين لا إلى حكمه ولم يجبها إلى التزويج لأن فيه طعنا على الشهود

(٢) قوله « يقبل كتاب القاضى الخ » هذا بلا نزاع قال الشارح يقبل فى المال بغير خلاف علمناه

والغصب والبيع والاجارة والرهن والصلح والوصية له والجناية الموجبة للمال، ولا يقبل فى حد لله تعالى[1]، وهل يقبل فيما عدا ذلك مثل القصاص والنكاح والطلاق والخلع والعتق والنسب والكتابة والتوكيل والوصية اليه؟ على روايتين. فأما حد القذف فان قلنا هو لله تعالى فلا يقبل فيه وان قلنا للآدمى فهو كالقصاص. ويجوز كتاب القاضى فيما حكم به لينفذه فى المسافة القريبة ومسافة القصر[2] ويجوز فيما ثبت عنده ليحكم به فى المسافة البعيدة دون

---

(١) قوله «ولا يقبل فى حد لله تعالى» هذا المذهب وعليه الأصحاب وقطعوا به وذكر فى الرعاية رواية يقبل وأما ما عدا ذلك كما ذكر المصنف ففيه روايتان احداهما يقبل وهو المذهب وقال أصحاب الشافعى يقبل فى كل حق آدمى من الجراح وغيرها وهل يقبل فى الحدود التى لله تعالى على قولين أحدهما يقبل وهو قول مالك وأبى ثور وحد القذف ينبنى على الخلاف فيه ولنا أنها لاتقبل فى الحدود انها مبنية على الستر والدرء بالشبهات والاسقاط بالرجوع عن الاقرار وكتاب القاضى شهادة على شهادة وفيها شبهة فانه يتطرق اليها الاحتمال والسهو والغلط فى شهود الفرع مع احتمال ذلك فى شهود الأصل ولأن كتاب القاضى إلى القاضى لا يقبل إلا للحاجة ولا حاجة فى اقامة الحد وقال المصنف والشارح ظاهر كلام احمد أنه لا يقبل كتاب القاضى الى القاضى فى القصاص وهو قول أبى حنيفة والمذهب انه يقبل فيه أيضاً وهو قول مالك والشافعى وأبى ثور لأنه حق آدمى لايسقط بالرجوع عن الاقرار به أشبه الأموال

(٢) قوله «ويجوز كتاب القاضى الخ» كتاب القاضى على ضربين: أحدهما أن يكتب بما حكم به وذلك مثل أن يحكم على رجل بحق فيتغيب قبل وفائه أو يدعى حقاً على غائب ويقيم به بينة ويسأل الحاكم الحكم عليه ويسأله أن يكتب كتاباً بحكمه إلى قاضى البلد الذى فيه الغائب فيكتب له اليه أو تقوم البينة على حاضر فهرب قبل الحكم عليه فيسأل صاحب الحق الحاكم الحكم عليه وأن يكتب له كتاباً بحكمه ففى هذه الصور الثلاث يلزم الحاكم اجابته الى الكتاب ويلزم المكتوب اليه قبوله سواء كانت بينهما مسافة بعيدة أو قريبة حتى لو كانا فى مجلس الحكم أو جانبى البلد لزمه قبوله وإمضاؤه وسواء كان حكما على حاضر أو غائب بلا نزاع فى المذهب ولا نعلم فيه خلافا لأن حكم الحاكم يجب إمضاؤه على كل حاكم وعند الشيخ تقى الدين =

القريبة ويجوز ان يكتب الى قاض معين والى من يصل اليه كتابى هذا من قضاة المسلمين وحكامهم ولا يقبل الكتاب الا ان يشهد به شاهدان يحضرهما القاضى الكاتب فيقرأه عليهما ثم يقول أشهدكما ان هذا كتابى الى فلان ابن فلان ويدفعه اليهما فاذا وصلا الى المكتوب اليه دفعا اليه الكتاب وقالا نشهد ان هذا كتاب فلان اليك كتبه من عمله وأشهدنا عليه والاحتياط ان يشهدا عليه بما فيه ويختمه ولايشترط ختمه . وان كتب كتابا وأدرجه وختمه وقال هذا كتابى الى فلان اشهدا على بما فيه لم يصح[1] لان أحمد قال فيمن كتب وصية وختمها ثم اشهد على ما فيها : فلا حتى يعلمه ما فيها . ويتخرج

= رحمه الله وفى حق الله أيضاً . الضرب الثانى ان يكتب بعلمه بشهادة شاهدين عنده بحق لفلان مثل أن تقوم البينة عنده لرجل على آخر ولم يحكم به فيسأل صاحب الحق أن يكتب له كتاباً بما حصل عنده فانه يكتب له أيضا قال القاضى ويكون فى كتابه شهد عندى فلان وفلان بكذا ويكون المكتوب اليه هو الذى يقضى ولا يكتب ثبت عندى لأن قوله ثبت عندى حكم بشهادتهما فهذا لا يقبله المكتوب اليه إلا فى المسافة البعيدة التى هى مسافة القصر ولا يقبله فيما دونها لأنها نقل شهادة فاعتبر فيه ما يعتبر فى نقل الشهادة على الشهادة وهذا المذهب وعليه الأصحاب ونحوه قول الشافعى وعن أحمد رحمه الله تعالى فوق يوم وعند الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى وقال خرجته فى المذهب وأقل من يوم كخبر انتهى يعنى إذا أخبر حاكم لآخر بحكمه يجب العمل به فلولا ان حكم الحاكم كالخبر لما اكتفى فيه بخبره ولما جاز للحاكم الآخر العمل به حتى يشهد شاهدان قاله ابن نصر الله وقال أبو يوسف ومحمد يجوز أن يقبله فى بلده

(١) قوله « وان كتب كتابا وأدرجه الخ » لابد من شاهدين يشهدان بكتاب القاضى الى القاضى وهذا المذهب ولا يكفى معرفة المكتوب اليه خط الكاتب وختمه ولا يجوز له قبوله بذلك فى قول الجمهور وحكى عن الحسن وسوار والعنبرى أنهم قالوا إذا كان يعرف خطه وختمه قبله وهو قول أبى ثور والإصطخرى ويتخرج لنا مثل ذلك لأنه يحصل به غلبة الظن فأشبه شهادة الشاهدين . ولنا ان ما أمكن اثباته لم يجز الاقتصار على الظاهر كاثبات العقود ولأن الخط يشبه الخط والختم يمكن التزوير عليه

الجواز[1] لقوله اذا وجدت وصية الرجل مكتوبة عند رأسه من غير أن يكون أشهد أو اعلم بها أحدا عند موته وعرف خطه وكان مشهورا فانه ينفذ ما فيها ، وعلى هذا اذا عرف المكتوب اليه انه خط القاضى الكاتب وختمه جاز قبوله والعمل على الاول فاذا وصل الكتاب فاحضر المكتوب اليه الخصم المحكوم عليه فى الكتاب فقال لست فلان ابن فلان فالقول قوله مع يمينه الا ان تقوم به بينة فان ثبت انه فلان ابن فلان ببينة أو اقرار فقال المحكوم عليه غيرى لم يقبل منه الا ببينة تشهد أن فى البلد من يساويه فيما سمى ووصف به فيتوقف الحكم حتى يعلم من المحكوم عليه منهما وان تغيرت حال القاضى الكاتب بعزل أو موت لم يقدح فى كتابه وان تغيرت

على قوله « وان كتب كتابا الخ » وهذا المذهب وبه قال ابوحنيفة والشافعى لأنهما شهدا بمجهول لا يعلمانه فلم تصح شهادتهما كما لو شهدا ان لفلان على فلان مالا

(١) قوله « ويتخرج لنا الخ » واختار هذه الرواية المخرجة فى الوصية المصنف والشارح وصاحب الفائق وغيرهم على ما تقدم فى أول كتاب الوصايا وعلى هذه الرواية المخرجة إذا عرف المكتوب اليه انه خط القاضى وختمه جاز قبوله على الصحيح . وعند الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى من عرف خطه باقرار أو انشاء أو عقد أو شهادة عمل به كميت ، فان حضر وأنكر مضمونه فكاعترافه بالصوت وانكار مضمونه وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى فى كتاب اصدره إلى السلطان فى مسألة الزيارة وقد تنازع الفقهاء فى كتاب الحاكم هل يحتاج إلى شاهدين على لفظه أم واحد أو يكتفى بالكتاب المختوم أم يقبل الكتاب بلا ختم ولا شاهد على أربعة أقوال معروفة فى مذهب احمد وغيره . وذكر الشيخ تقى الدين قولا انه يحكم بخط شاهد ميت وقال الخط كاللفظ إذا عرف انه خطه ، وقال انه مذهب جمهور العلماء وهو يعرف ان هذا خطه كما يعرف ان هذا صوته ، واتفق العلماء على انه يشهد على الشخص إذا عرف صوته مع إمكان الاشتباه وجوز الجمهور كمالك وأحمد الشهادة على الصوت من غير رؤية المشهود عليه والشهادة على الخط أضعف لكن جوازه قوى أقوى من منعه

بفسق لم يقدح فيما حكم به وبطل فيما ثبت عنده ليحكم به واذا تغيرت حال المكتوب اليه فلمن قام مقامه قبول الكتاب والعمل به

فصل

وإذا حكم عليه فقال اكتب لى الى الحاكم الكاتب أنك حكمت على حتى لا يحكم على ثانيا لم يلزمه ذلك ولكنه يكتب له محضرا بالقضية وكل من ثبت له عند حاكم حق أو ثبتت براءته مثل ان أنكر وحلفه الحاكم فسال الحاكم ان يكتب له محضرا بما جرى ليثبت حقه أو براءته لزمه اجابته وان سأل من ثبت محضره عند الحاكم ان يسجل له فعل ذلك وجعله نسختين نسخة يدفعها اليه والاخرى يحبسها عنده والورق من بيت المال فان لم يكن فمن مال المكتوب له . وصفة المحضر : بسم الله الرحمن الرحيم حضر القاضى فلان ابن فلان الفلانى قاضى عبد الله الامام على كذا وكذا وان كان نائبا كتب خليفة القاضى فلان قاضى عبد الله الامام فى مجلس حكمه وقضائه بموضع كذا مدع ذكر انه فلان ابن فلان وأحضر معه مدعى عليه ذكر انه فلان ابن فلان فادعى عليه كذا فأقر له اوفانكر فقال القاضى للمدعى ألك بينة فقال نعم فاحضرها وسأله سماعها ففعل أو فانكر ولم يقم له بينة وسأل إحلافه فاحلفه وان نكل عن اليمين ذكر ذلك وأنه حكم عليه بنكوله وان رد اليمين فحلفه حكى ذلك وسأله ان يكتب له محضرا بما جرى فاجابه اليه فى يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا ويعلم فى الاقرار والاحلاف جرى الامر على ذلك وفى البينة شهد عندى بذلك . واما السجل فهو لانفاذ ما ثبت عنده والحكم به وصفته ان يكتب : هذا ما أشهد عليه القاضى فلان ابن فلان ويذكر ما تقدم من حضره من الشهود أشهدهم انه ثبت عنده بشهادة فلان وفلان وقد عرفهما بما رأى معه قبول شهادتهما بمحضر من خصمين يذكرهما ان كانا معروفين والا قال مدع ومدعى عليه جاز حضورهما وسماع الدعوى من أحدهما على الآخر بمعرفة فلان ابن فلان ويذكر المشهود عليه واقراره فى صحة منه وسلامة وجواز أمر بجميع ما سمى ووصف به فى كتاب نسخته

كذا . وينسخ الكتاب المثبت أو المحضر جميعه حرفا بحرف فاذا فرغ منه قال وان القاضى امضاه وحكم به على ما هو الواجب عليه فى مثله بعد ان سأله ذلك والا شهد به الخصم المدعي ويذكر اسمه ونسبه ولم يدفعه الخصم الحاضر معه بحجة وجعل كل ذى حجة على حجته وأشهد القاضى فلان على انفاذه وحكمه وامضائه من حضره من الشهود فى مجلس حكمه فى اليوم المؤرخ فى اعلاه وأمر بكتب هذا السجل نسختين متساويتين نسخة منهما بجلد ديوان الحكم ويدفع الأخرى الى من كتبها له وكل واحد منهما حجة ووثيقة فيما أنفذه فيهما وهذا يذكر للخروج من الخلاف ولو قال انه ثبت عنده بشهادة فلان وفلان مافى كتاب نسخته كذا ولم يذكر بمحضر من الخصمين ساغ ذلك لجواز القضاء على الغائب . وما يجتمع عنده من المحاضر والسجلات فى كل أسبوع أو شهر على قلتها وكثرتها يضم بعضها الى بعض ويكتب عليها محاضر وقت كذا فى سنة كذا

باب القسمة

وقسمة الاملاك جائزة وهى نوعان قسمة تراض وهى ما فيها ضرر أو رد عوض من أحدهما كالدور الصغار والحمام والعضائد[١] المتلاصقة اللاتى لا يمكن قسمة كل عين مفردة والارض التى فى بعضها بئر أو بناء ونحوه لا يمكن قسمته بالإجزاء[٢] والتعديل[٣] اذا رضوا بقسمتها أعيانا بالقيمة

---

(١) قوله « والعضائد » واحدتها عضادة وهى ما يصنع لجريان الماء فيه من السواقى وذوات الكتفين ومنه عضادتا الباب وهما جنبتان من جانبيه

(٢) قوله « لا يمكن قسمتها بالأجزاء » أى لأنه إذا أمكن قسمتها بالأجزاء مثل أن تكون البئر واسعة يمكن ان يجعل نصفها لواحد ونصفها للآخر ويجعل بينهما حاجز فى أعلاها أوالبناء كثيراً يمكن أن يجعل لكل واحدمنهما نصفه ، فاذا أمكن ذلك وجب القسم

(٣) قوله « والتعديل » وذلك مثل أن يكون فى أحد جانبي الأرض بئر يساوى =

جاز(١) وهذه جارية مجرى البيع فى انه لا يجبر عليها الممتنع منها(٢) ولا يجوز

= مائة وفى الآخر منها بناء يساوى مائة فتكون القسمة فى مثل هذه قسمة إجبار لا قسمة تراض لأنه يمكن ان يجعل البئر لأحد الشريكين مع نصف الأرض والبناء للآخر مع نصف الأرض

(١) قوله « إذا رضوا بقسمتها أعيانا بالقيمة جاز » هذا بلا نزاع لأن الحق لهما وان طلب من الحاكم ان يقسمه بينهما اجابهما اليه وان لم يثبت عنده انه ملكهما لأن اليد تدل على الملك ولا منازع لهم فيثبت من طريق الظاهر ولهذا يجوز له التصرف فيه من البيع والاتهاب ونحوه وبهذا قال ابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة ان كان عقاراً نسبوه إلى ميراث لم يقسمه حتى يثبت الموت والورثة لأن الميراث باق على حكم الميت فلا يقسم احتياطا للميت وما عدا العقار يقسمه وان كان ميراثا لأنه يتوى ويهلك وقسمته تحفظه وكذلك العقار الذى لاينسب إلى الميراث وظاهر قول الشافعى انه لا يقسم عقارا كان أو غيره ما لم يثبت ملكهما

(٢) قوله « وهذه جارية مجرى البيع الخ » أى لما فيها من الرد فتصير بيعاً بهذا لأن صاحب الدار بذل المال عوضا عما حصل فى حق شريكه وهذا هو البيع فلا يجبر على ذلك الممتنع لما روى احمد عن عبد الرزاق عن معمر عن جابر عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما مرفوعا قال لا ضرر ولا ضرار رواه ابن ماجه والدارقطنى ولهما أيضا من حديث عمرو بن يحيى المازنى عن ابيه عن أبى سعيد رضى الله عنه ان النبى ﷺ قال « لاضرر ولاضرار » رواه مالك فى الموطأ عن عمرو عن ابيه مرسلا قال النووى حديث حسن وله طرق يقوى بعضها بعضها قال فى الترغيب وغيره فلو قال احدهما أنا آخذ الادنى ويبقى لى فى الاعلى قيمة حصتى فلا إجبار وقال فى الروضة إذاكان بينهم مواضع اذا اخذ احدهم من كل موضع منها حقه لم ينتفع به جمع له حقه من كل مكان فى واحد فاذاكان له سهم يسير لا يمكنه الانتفاع به الا بادخال الضرر على شركائه وافتياته عليهم منع من التصرف فيه وأجبر على بيعه قال فى الفروع كذا قال قلت كأنه لم يرتضه ويشهد لهذا ما ذكره فى باب الصلح عن الخلال وصاحبه فيمن له نخلة بأرض رجل يلحق رب الأرض من دخوله ضرر ففى رواية حنبل أن سمرة كان له نخل فى حائط فآذاه بدخوله فشكاه الى النبى ﷺ فقال لسمرة بعه فأبى فقال ناقله فأبى فقال هبه لى ولك مثله فى الجنة =

فيها الا ما يجوز فى البيع . والضرر المـــانع من القسمة هو نقص القيمة بالقسم فى ظاهر كلامـــه (١) أو لا ينتفعان به مقسوما فى ظاهر كلام الخرقى (٢) فان كان الضرر على أحدهما دون الآخر كرجلين لاحدهما الثلثان وللآخر الثلث ينتفع صاحب الثلثين بقسمها ويتضرر الآخر فطلب من لا يتضرر القسم لم يجبر عليه الآخر وان طلبه الآخر أجبر الأول (٣) وقال القاضى ان

= فأبى فقال انت مضار اذهب فاقلع نخله قال احمد كلما كان على هذه الجهة وفيه ضرر يمنع منه والا أجبره السلطـان ولا يضر بأخيه اذا كان مرفقا له وقال القـاضى فى التعليق وصاحب المبهج والمصنف فى الـكافى البيع ما فيه رد عوض وان لم يكن فيها رد عوض فهى افراز النصيبين وتميز الحقين وليست بيعاً واختـــاره الشيخ تقى الدين

[فائدة] من دعا شريكه الى البيع فى قسمة التراضى أجبر فان أبى بيع عليهما وقسم الثمن نقله الميمونى وحنبل وذكره القاضى وأصحابه وغيرهم وجزم به فى القـاعدة السابعة والسبعين وقدمه فى الفروع قال فى الفروع وكلام الشيخ ـ يعنى به المصنف ـ والمجد يقتضى المنع وكـذا حكم الاجارة ولو فى وقف ذكره الشيخ تقى الدين فى الوقف

(١) قوله « والضرر المانع الخ » وهذا المذهب وهذا ظاهر كلام الشافعى لأن نقص قيمته ضرر وهو منفى شرعا وظاهره سواء انتفعوا به مقسوما أو لا

(٢) قوله « أو لا ينتفعان به الخ » هذا رواية عن أحمد اختـاره المصنف وجزم به فى العمدة لأن ضرره يجرى مجرى الاتلاف بخلاف نقصـان القيمة فان اعتباره يؤدى الى بطلان القسمة غالباً فوجب أن لا يعتبر ولأن ضرر نقص القيمة ينجبر بزوال ضرر الشركة وقال مالك يجبر الممتنع وان استضر قياسا على ما لا ضرر فيه

(٣) قوله « فان كان الضرر على أحدهما الخ » ما قدمه المصنف هو اختيار جماعة من الأصحاب منهم أبو الخطاب والمصنف والشـارح ونصراه وجزم به فى الوجيز والمنور ومنتخب الأدمى وتذكرة ابن عبدوس قال أحمد فى رواية حنبل كل قسمة فيها ضرر لا أرى قسمها وهذا قول ابن أبى ليلى وأبى ثور لأن فيه اضـاعة مال ولأنها قسمة يضر بها صاحبه فلم يجبر عليها

طلبه الاول أجبر الآخر وان طلبه المضرور لم يجبر الآخر[١]. وان كان بينهما عبيد أو بهائم أو ثياب ونحوها فطلب أحدهما قسمها أعيانا بالقيمة لم يجبر عليه وقال القـاضى يجبر[٢] . وان كان بينهما حائط لم يجبر الممتنع من قسمه وان الآخر استهدم لم يجبر على قسم عرصته[٣] وقال أصحابنا ان طلب قسمه طولا بحيث يكون له نصف الطول فى كمال العرض أجبر الممتنع وان طلب قسمه عرضا وكانت تسع حائطين أجبر والا فلا وان كان بينهما دار لها علو وسفل فطلب أحدهما قسمها لاحدهما العلو وللآخر السفل[٤] أو كان بينهما

---

(١) قوله « وقال القاضى الخ » وهذا رواية عن أحمد قال الزركشى وفيه بعد وهذا قول الشافعى وأهل العراق لأنه طلب افراز نصيبه الذى لا يستضر بتمييزه فوجب اجابته اليه ووجه الأول قوله ﷺ « لا ضرر ولا اضرار » والصحيح من المذهب انه لا اجبار على الممتنع منهما وعليه أكثر الاصحاب

(٢) قوله « وان كان بينهما عبيد الخ » هذا أحد الوجوه واليه ميل أبى الخطاب وقال القاضى يجبر وظاهره انه سواء تساوت القيمة أو لاوهذا اذا لم يكن فيه ضرر ولا رد عوض وهذا ظاهر مذهب الشافعى والمذهب ان تساوت القيمة أجبر نص عليه والا فلا

[تنبيه] محل الخلاف اذا كانت من جنس واحد على الصحيح من المذهب ، وقال المصنف والشارح اذا كانت من نوع واحد

(٣) قوله « وان كان بينهما حائط ـ الى قوله ـ عرصته » هذا أحد الوجهين والمذهب منهما أى لأن القسمة افراز حق أحد الشريكين من حق الآخر على وجه يمكن كل واحد منهما الانتفاع بحقه مفرداً ولا يمكن ذلك فى الحائط لأنه ان طلب قسمته طولا فى كمال العرض فقطع الحائط ففيـــه اتلاف وان لم يقطعه أفضى الى الضرر

(٤) قوله « وان كان بينهما دار الخ » هذا بلا نزاع وبه قال الشـافعى وقال أبو حنيفة يقسمه الحاكم فيجعل ذراعا من السفل بذراع من العلو وقال أبو يوسف ذراعا بذراع وقال محمد يقسمها بالقيمة

منافع لم يجبر الممتنع من قسمها[1] وان تراضيا على قسمها كذلك أو على قسم المنافع بالمهايأة جاز[2] وان كان بينهما أرض ذات زرع فطلب أحدهما

[فائدة] وكذا الحكم لو طلب قسمة السفل دون العلو أو العكس أو قسمة كل واحد على حدة ولو طلب أحدهما قسمتهما معاً ولا ضرر وجب وعدل بالقيمة لا ذراع سفل بذراعى علو ولا ذراع بذراع

[فائدة] اذا كان بينهما داران أو خانان أو أكثر فطلب أحدهما أن يجمع نصيبه فى احدى الدارين لم يجبر الممتنع وبهذا قال الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد اذا رأى الحاكم ذلك فله فعله سواء تقاربتا أو تفرقتا لأنه أنفع وأعدل وقال مالك اذا كانتا متجاورتين اجبر الممتنع من ذلك لأن المتجاورتين تتقارب كيفيتهما بخلاف المتباعدتين وقال أبو حنيفة ان كانت احداهما حجرة الاخرى أجبر والا فلا لأنهما يجريان مجرى الدار الواحدة . ولنا انه نقل حقه من عين الى أخرى فلم يجبر كالمتفرقتين عند مالك وكما لو لم تكن حجرتهما حجرة الاخرى عند أبي حنيفة وكما لو كانتا دارا ودكانا مع أبي يوسف ومحمد والحكم فى الدكاكين كالحكم فى الدور

(١) قوله « أو كان بينهما منافع الخ » هذا المذهب مطلقا لأن قسمة المنافع انما يكون بقسمة الزمان والزمان انما ينقسم بأن يأخذ أحدهما قبل الآخر وهذا لا تسوية فيه فان الآخر يتأخر حقه فلا يجبر على ذلك

(٢) قوله « وان تراضيا الخ » اذا اقتسم المنافع بالزمان أو المكان صح وكان ذلك جائزاً على الصحيح من المذهب لأن الحق لهما لا يخرج عنهما فيجوز تراضيهما واختار فى المحرر لزومه ان تعاقدا مدة معلومة وجزم به فى الوجيز وذكر ابن البنا فى الخصال ان الشركاء اذا اختلفوا فى منافع دار بينهما ان الحاكم يجبرهم على قسمها بالمهايأة أو يؤجرها عليهم فعلى المذهب لو رجع أحدهما قبل استيفاء نوبته فله ذلك وان رجع بعد الاستيفاء غرم ما انفرد به وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى لا يفسخ حتى ينقضى الدور ويستوفى كل واحد حقه انتهى . ولو استوفى أحدهما نوبته ثم تلفت المنافع فى مدة الآخر قبل تمكنه من القبض فأفتى الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى بأنه يرجع على الأول بقدر حصته من تلك المدة ما لم يكن رضى بمنفعة الزمن المتأخر على أى حال كان

قسمها دون الزرع قسمت[1] وان طلب قسمها مع الزرع[2] أو قسم الزرع مفردا لم يجبر الآخر[3] وان تراضوا عليه والزرع قصيل او قطن جاز وان

[فائدتان] لو انتقلت كانتقال وقف فهل تنتقل مقسومة أم لا فيه نظر فان كانت الى مدة لزمت الورثة والمشترى قال ذلك الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى وقال أيضا معنى القسمة هنا قريب من معنى البيع فقد يقال يجوز التبديل كالحبيس والهدى. وقال أيضا صرح الاصحاب بأن الوقف انما تجوز قسمته اذا كان على جهتين فأما الوقف على جهة واحدة فلا تقسم عينه قسمة لازمة اتفاقا لتعلق حق الطبقة الثانية والثالثة لكن تجوز المهايأة وهى قسمة المنافع ولا فرق فى ذلك بين مناقلة المنافع وبين تركها على المهايأة بلا مناقلة انتهى . قال فى الفروع والظاهران ما ذكره شيخنا عن الأصحاب وجه وظاهر كلامهم لافرق وهو أظهر وفى المبهج لزومها اذا اقتسموا بأنفسهم قال وكذا ان تهايئوا ونقل أبو الصقر فيمن وقف ثلث قريته فأراد بعض الورثة بيع نصيبه كيف يبيع قال يفرز الثلث مما للورثة فان شاءوا باعوا أو تركوا

(الثانية) نفقة الحيوان مدة كل واحد عليه وان نقص الحادث عن العادة فللآخر الفسخ

(١) قوله « وان كان بينهما أرض الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الاصحاب كالخالية منه لأن الزرع فى الأرض كالقماش فى الدار وهو لا يمنع القسم كذا هنا وسواء خرج الزرع أو كان بذراً فاذا اقتسماها بقى الزرع بينهما مشتركا كما لو باعا الارض لغيرهما قال فى الكافى هكذا ذكر أصحابنا والأولى أنه لا يجب لانه يلزم منه بقاء الزرع المشترك فى الارض المقسومة الى الجذاذ بخلاف القماش

(٢) قوله « وان طلب قسمها مع الزرع » لم يجبر هذا المذهب لأنها مشتملة على ما لا يجبر على قسمها وحده وهو الزرع وقال المصنف فى المغنى والكافى يجبر سواء اشتد حبه أو كان قصيلا لأن الزرع كالشجر فى الارض والقسمة إفراز حق وليست بيعاً وان قلنا هى بيع لم يجز ولو اشتد الحب لتضمنه بيع السنبل بعضه ببعض ويحتمل الجواز اذا اشتد الحب لأن السنابل هنا دخلت تبعاً للأرض وليست المقصود فأشبه بيع النخلة المثمرة بمثلها

(٣) قوله « أو قسمة الزرع الخ » أى لأن القسمة لا بد فيها من تعديل المقسوم وتعديل الزرع بالسهام لا يمكن لبقائه فى الارض المشتركة

كان بذرا او سنابل قد اشتد حبها فهل يجوز؟ على وجهين . وقال القاضي يجوز في السنابل ولا يجوز في البذر وان كان بينهما نهر أو قناة أو عين ينبع ماؤها فالماء بينهما على ما اشترطا عند استخراج ذلك وان اتفقا على قسمه بالمهايأة جاز وان أرادا قسم ذلك بنصب خشبة أو حجر مستوفى مصدم الماء فيه ثقبان على قدر حق كل واحد منهما جاز فان أراد أحدهما ان يسقى نصيبه أرضا ليس لها رسم شرب من هذا النهر جاز ويحتمل أن لا يجوز ويجىء على أصلنا ان الماء لا يملك وينتفع كل واحد منهما على قدر حاجته

فصل

النوع الثاني قسمة الاجبار وهى مالا ضرر فيها ولا رد عوض كالارض الواسعة والقرى والبساتين والدور الكبار والدكاكين الواسعة(١) والمكيلات والموزونات من جنس واحد(٢) سواء كانت مما مسته النار كالدبس وخل التمر أو لم تمسه كخل العنب والادهان والالبان فاذا طلب أحدهما قسمه وأبى الآخر أجبر عليه(٣) وهذه القسمة افراز حق أحدهما من الآخر في ظاهر

---

(١) قوله «كالأرض الواسعة ـ الى قوله ـ والدكاكين الواسعة» أى سواء كانت متساوية الأجزاء أو لا اذا أمكن قسمها بالتعديل بأن لا يجعل شيء معها فلهما قسم أرض بستان وحدها وعكسه والجميع فان قسما الجميع أو الارض فقسمة اجبار ويدخل الشجر تبعاً وان قسما الشجر فقط فتراض

(٢) قوله «والمكيلات الخ» أى لأن الغرض تمييز الحق وذلك لا يختلف فان كان فيها أنواع كحنطة وشعير وتمر وزبيب فطلب أحدهما قسمة كل نوع على حدته أجبر الممتنع فان طلب قسمها أعيانا بالقيمة لم يجبر لان هذا بيع نوع بنوع آخر فلم يجبر فان تراضيا جاز وكان بيعا ويعتبر له التقابض قبل التفرق فيما يعتبر فيه التقابض وسائر شروط البيع

(٣) قوله «فاذا طلب أحدهما الخ» هذا بلا نزاع وكذا يجبر ولى من ليس أهلا للقسمة لكن مع غيبة الولى هل يقسم الحاكم عليه فيه وجهان أحدهما يقسمه الحاكم قال فى الانصاف وهو الصواب لأنه يقوم مقام الولى قال فى المحرر ويقسم الحاكم على الغائب فى قسمة الاجبار وكذا فى الوجيز وغيره وقال فى القاعدة الثالثة

المذهب وليست بيعا[1] فتجوز قسمة الوقف وان كان نصف العقار طلقا

———

= والعشرين فان كان المشترك مثليا فى قسمة الاجبار وهو المكيل والموزون فهل يجوز للشريك أخذ قدر حقه اذا امتنع الآخر أو غاب على وجهين أحدهما الجواز وهو قول أبى الخطاب والثانى المنع وهو قول القاضى

[فائدة(*)] يشترط لقسمة الاجبار ثلاثة شروط اذا تمت أجبر الشريكان على القسمة : الأول ان يثبت عند الحاكم ملكهما ببينة لأن فى الاجبار على القسمة حكما على الممتنع منهما فلا يثبت الا بما يثبت به الملك لخصمه بخلاف حالة الرضاء . الثانى ان لا يكون فيها ضرر . الثالث ان يمكن تعديل السهام من غير شىء يجعل معها فان لم يمكن ذلك لم يجبر الممتنع لأنها تصير بيعاً والبيع لا يجبر عليه فاذا اجتمعت الشروط الثلاثة أجبر الممتنع منهما على القسمــــة لأنها تتضمن ازالة ضرر الشركة عنهما وحصول النفع لهما لأن نصيب كل واحد منهما اذا تميز كان له أن يتصرف فى بيعه بحسب اختياره ويتمكن من احداث الغراس والزرع والبناء والمساقاة والاجارة والعارية ولا يمكنه ذلك مع الاشتراك . الى أن قال : وان كانت بينهما أرض يمكن قسمتها ويتحقق فيها الشروط أجبر الممتنع على قسمتها سواء كانت فارغة أو ذات شجر وبناء وكل مقسوم اذا أمكنت التسوية فيه بين جيده ورديه كان أولى . انتهى ملخصاً من المغنى

(١) قوله « وهذه القسمة افراز حق أحدهما الخ » وهذا المذهب كما قال وهذا أحد قولى الشافعى وقيل هى بيع وحكى عن أبى عبد الله بن بطة ما يدل على أنها بيع وهو القول الثانى للشافعى وحكى الآمدى فيه روايتين قال الشيخ مجد الدين الذى تحرر عندى فيما فيه رد أنه بيع فيما يقابل الرد وافراز فى الباقى لأن أصحابنا قالوا فى قسمة الطلق عن الوقف اذا كان فيها رد من جهة صاحب الوقف جاز لأنه يشترى به الطلق وان كان من صاحب الطلق لم يجز انتهى وينبنى على هذا الخلاف [فوائد] ذكر المصنف بعضها (فمنها) :

(الأولى) انه يجوز قسم الوقف يعنى بلا رد عوض وعلى الثانى لايجوز وجزم به فى الفروع

(الثانية) اذا كان نصف العقار طلقا ونصفه وقفا جازت قسمته على المذهب =

(*) وجدنا هذه الفائدة فى حاشية المقنع بغير قلم كاتب الأصل وهو جامعها (كاتبه)

ونصفه وقفا جازت قسمته . وتجوز قسمة الثمار خرصا وقسمة ما يكال وزنا

= وقال فى المبدع ان طلبها صاحب الطلق فان كان فيها رد عوض وفعلا ذلك فى وقف لم يجز لأن بيعه غير جائز وان كان من أهل الوقف جاز لأنهم يشترون بعض الطلق والطلق بكسر الطاء الحلال وسمى المملوك طلقا لأن جميع التصرفات فيه حلال والموقوف ليس كذلك

(الثالثة) قول المصنف وتجوز قسمة الثمار خرصاً الخ وهذا المذهب لأن التفرق انما منع منه فى البيع ونص عليه فى رواية الاثرم فى جواز القسمة بالخرص وان قلنا هى بيع لم يصح فى ذلك كله

(الرابعة) قوله اذا حلف لا يبيع الخ وهذا المذهب ويحنث ان قلنا هى بيع

(الخامسة) ما قاله فى القواعد لو حلف لا يأكل ما اشتراه زيد فاشترى زيد وعمرو طعاما مشاعا وقلنا يحنث بالأكل منه فتقاسماه ثم أكل الحالف من نصيب عمرو فذكر الآمدى أنه لا يحنث لان القسمة إفراز حق لا بيع وهذا يقتضى أنه يحنث اذا قلنا هى بيع وقال القاضى المذهب أنه يحنث مطلقا لان القسمة لا تخرجه عن أن يكون زيد اشتراه ويحنث عند أصحابنا بأكل ما اشتراه زيد وان انتقل الملك الى غيره

(السادسة) لو كان بينهما ماشية مشتركة فاقتسماها فى أثناء الحول واستداما خلطة الأوصاف فان قلنا القسمة افراز لم ينقطع الحول بغير خلاف وان قلنا هى بيع خرج على بيع الماشية بجنسها فى أثناء الحول هل يقطعه أم لا

(السابعة) اذا تقاسما وصرحا بالتراضى ان قلنا افراز صحت وان قلنا هى بيع فوجهان

(الثامنة) قسمة المرهون كله أو نصفه مشاعا ان قلنا هى افراز صح وان قلنا هى بيع لم يصح

(التاسعة) ثبوت الخيار وفيه طريقان أحدهما بناؤه على الخلاف فان قلنا افراز لم يثبت فيها خيار وان قلنا هى بيع ثبت والطريق الثانى يثبت فيها الخيار خيار الشرط وخيار المجلس على الوجهين

(العاشرة) ثبوت الشفعة بالقسمة وفيه طريقان أحدهما بناؤه على الخلاف ان قلنا افراز لم تثبت والا ثبتت، والطريق الثانى لا يوجب الشفعة على الوجهين قاله =

وما يوزن كيلا والتفرق فى قسمة ذلك قبل القبض واذا حلف لا يبيع فقسم لم يحنث وحكى عن أبى عبد الله بن بطة ما يدل انها كالبيع فلا يجوز فيها ذلك وان كان بينهما أرض بعضها يسق سيحا وبعضها بعلا أو فى بعضها نخل وفى بعضها شجر فطلب أحدهما قسم كل عين على حدة وطلب الآخر قسمها اعيانا بالقيمة قسمت كل عين على حدة إذا أمكن(١)

فصل

ويجوز للشركاء ان ينصبوا قاسما يقسم بينهم وان يسألوا الحاكم نصب قاسم يقسم بينهم(٢). ومن شرط من ينصب ان يكون عدلا عارفا بالقسمة(٣) فتى

= القاضى وصاحب المحرر وقدمه فى الفروع لأنه لو ثبت لأحدهما على الآخر لثبت للآخر فيتنافيان وهذه الطريقة هى الصواب قاله فى الانصاف . ومن الفوائد المبنية على الخلاف قسمة المتشاركين فى الهدى والأضاحى فان قلنا افراز حق جازت وان قلنا بيع لم تجز وهو ظاهر كلام الأصحاب قال صاحب الانصاف لو قيل بالجواز على القولين لكان أولى والذى يظهر أنه مرادهم

(الحادية عشرة) لو ظهر فى القسمة غبن فاحش فان قلنا هى افراز لم يصح لتبين فساد الافراز وان قلنا هى بيع صحت وثبت خيار الغبن

(الثانية عشرة) قسمة الدين فى ذمم الغرماء وتقدم ذلك مستوفى فى أول كتاب الشركة فى أثناء شركة العنان عند قوله وان تقاسما الدين فى الذمة

(١) قوله « فان كان بينهما أرض الخ » أى لأنه أقرب الى العدل لأن لكل واحد منهما حقاً فى الجميع وحينئذ فيتعين إجابة طالبه لأن ضرر صاحبه يزول باجابته واذا لم يمكن قسم كل عين على حدة قسم الجميع ان كان قابلا لها والا فلا

(٢) قوله « ويجوز للشركاء الخ » وكذا يجوز ان يقتسموا بينهم وهذا بلا نزاع

(٣) قوله « ومن شرط من ينصب الخ » وكذا يشترط اسلامه وهذا المذهب وقال المصنف والشارح والزركشى يعرف الحساب لأنه كالخط للكاتب وهذا قول =

عدلت السهام وأخرجت القرعة لزمت القسمة[1] ويحتمل ان لا تلزم فيما فيه رد بخروج القرعة حتى يرضيا بذلك[2] واذا كان فى القسمة تقويم لم يجز أقل من قاسمين وان خلت من تقويم أجزأ قاسم واحد[3] وإذا سألوا الحاكم قسمة عقار لم يثبت عنده انه لهم قسمه[4] وذكر فى كتاب القسمة ان قسمه بمجرد

= الشافعى الا أنه يشترط أن يكون حراً وان نصبوا قاسماً يقسم بينهم وكان على صفة قاسم الحاكم فى العدالة والمعرفة فهو كقاسم الحاكم فى لزوم قسمته بالقرعة وان كان كافرا أو فاسقا أو جاهلا بالقسمة لم تلزم قسمته الا بتراضيهم بها ويكون وجوده فيما يرجع الى القسمة كعدمه

(١) قوله « فتى عدلت السهام الخ » هذا المذهب مطلقا نص عليه لأنها كالحكم من الحاكم وقرعته كالحكم بدليل أنه يجتهد فى تعديل السهام كاجتهاد الحاكم فى طلب الحق فوجب أن تلزم قرعته وقسمة التراضى اذا لم يكن فيها رد عوض فتلزم كما اذا كان فيها رد عوض على المذهب

(٢) قوله « ويحتمل الخ » أى حتى يرضيا بذلك بعد القرعة سواء قسمها الحاكم أو قاسمه أو قاسمهم

[فائدة] لو خير أحدهما صاحبه لزم برضاهما وتفرقهما ذكره جماعة من الأصحاب واقتصر عليه فى الفروع

(٣) قوله « واذا كان فى القسمة تقويم الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب لأنها شهادة بالقيمة فلم يقبل فيه أقل من اثنين كسائر الشهادات ، وقيل يكفى واحد كما لو خلت من تقويم

[فائدة] تباح أجرة القاسم على الصحيح من المذهب وقيل كقربة نقل صالح أكرهه ونقل عبد الله أتوقاه والأجرة على قدر الاملاك على الصحيح من المذهب نص عليه وعليه الأصحاب ، زاد فى الترغيب اذا أطلق الشركاء العقد وأنه لا ينفرد واحد بالاستئجار بلا إذن وقيل بعدد الملاك وقال فى الكافى هى على ما شرطاه فعلى المذهب المنصوص أجرة شاهد يخرج لقسم البلاد ووكيل وأمين للحفظ على مالك وفلاح كاملاك ذكره الشيخ تقى الدين

(٤) قوله « واذا سألوا الحاكم الخ » أى لأن اليد دليل الملك ولا منازع لهم فيثبت من طريق الظاهر

دعواهم لا عن بينة شهدت لهم بملكهم(١) وان لم يتفقوا على طلب القسمة لم يقسمه

فصل

ويعدل القاسم السهام بالاجزاء ان كانت متساوية وبالقيمة ان كانت مختلفة وبالرد ان كانت تقتضيه ثم يقرع بينهم فمن خرج له سهم صار له وكيف ما أقرع جاز الا ان الأحوط ان يكتب اسم كل واحد من الشركاء فى رقعة ثم يدرجها فى بنادق شمع او طين متساوية القدر والوزن وتطرح فى حجر من لم يحضر ذلك ويقال له اخرج بندقة على هذا السهم فمن خرج اسمه كان له ثم الثانى كذلك والسهم الباقى للثالث اذا كانوا ثلاثة وسهامهم متساوية وان كتب اسم كل سهم فى رقعة وقال اخرج بندقة باسم فلان واخرج الثانية باسم الثانى والثالثة للثالث جاز . وان كانت السهام مختلفة كثلاثة لاحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس فانه يجزئها ستة اجزاء ويخرج الاسماء على السهام لا غير فيكتب باسم صاحب النصف ثلاثا وباسم صاحب الثلث اثنتين وباسم صاحب السدس واحدة ويخرج بندقة على السهم الاول فان خرج اسم صاحب النصف اخذه والثانى والثالث وان خرج اسم صاحب الثلث أخذه والثانى ثم يقرع بين الآخرين والباقى للثالث

فصل

فان ادعى بعضهم غلطا فيما تقاسموه بأنفسهم وأشهدوا على تراضيهم به لم يلتفت اليه(٢) وان كان فيما قسمه قاسم الحاكم فعلى المدعى البينة والا فالقول

---

(١) قوله « وذكر الخ » أى ذكر الحاكم القاسم وهذا بلا نزاع لئلا يتوهم الحاكم بعده أن القسمة وقعت بعد ثبوت ملكهم فيؤدى الى ضرر من يدعى فى العين حقاً وقد سبق ذكر الخلاف فيه أول الباب

على قوله « فيكتب باسم صاحب النصف ثلاثا » أى ثلاث رقاع

(٢) قوله « فان ادعى بعضهم غلطا الخ » هذا المذهب لأنه قد رضى بذلك

قول المنكر مع يمينه . وان كان فيما قسمه قاسمهم الذى نصبوه وكان فيما اعتبرنا فيه الرضا بعد القرعة لم تسمع دعواه وإلا فهو كقاسم الحاكم[1] وان تقاسموا ثم استحق من حصة أحدهما شيء معين بطلت[2] وان كان شائعا فيهما فهل تبطل القسمة ؟ على وجهين[3] واذا اقتسما دارين قسمة تراض فبنى أحدهما فى

= ورضاه بالزيادة فى نصيب شريكه تلزمه وقيل يقبل قوله مع يمينه اختاره المصنف لأن ما ادعاه محتمل فتنقض القسمة أشبه ما لو شهد عليه بثمن قبضه أو مسلم فيه ثم ادعى غلطا فى كيله أو وزنه وقولهم ان حقه فى الزيادة سقط برضاه ممنوع فانه انما يسقط اذا علمه وقال فى الرعايتين والحاوى لم يقبل قوله وان أقام بينة إلا أن يكون مسترسلا زاد فى الرعاية الكبرى أو مغبونا بما لا يسامح به عادة أو بالثلث أو بالسدس كما سبق

(١) قوله « وان كان فيما قسمه الخ ـ الى قوله ـ والا فهو كقاسم الحاكم » هذا بلا نزاع

[فائدة] تقبل شهادة القاسم ان زيداً أخذ حقه وان كان بجعل فلا ، ذكره فى المستوعب والرعاية

(٢) قوله « وان تقاسموا » هذا المذهب مطلقا وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا تبطل بل يخير من ظهر المستحق فى نصيبه بين الفسخ والرجوع بما بقى من حقه كما لو وجد عيبا فيما أخذه . ولنا أنه تبين أن أحد المتقاسمين لم يأخذ حقه وكما لو فعلا ذلك مع علمهما بالحال

[فائدة] لو كان المستحق من الحصتين وكان معينا لم تبطل القسمة فيما بقى على الصحيح من المذهب لأن الباقى مع كل واحد قدر حقه الا أن يكون ضرر المستحق فى نصيب أحدهما أكثر كسد طريقه أو مجرى مائه ونحوه بطلت لأن هـذا يمنع التعديل

(٣) قوله « وان كان شائعا الخ » أحدهما تبطل وهو الصحيح من المذهب لأن الثالث شريكهما لم يحضر ولم يأذن أشبه ما لو علماه ، والثانى لا كما لو كان المستحق فى نصيبهما على السواء

[فائدة] لو كان المستحق مشاعا فى نصيب أحدهما فهى كالتى قبلها خلافا ومذهبا

نصيبه ثم خرجت الدار مستحقة ونقض بناؤه رجع بنصف قيمته على شريكه[١] وان خرج فى نصيب أحدهما عيب فله فسخ القسمة واذا اقتسم الورثة العقار ثم ظهر على الميت دين فان قلنا هى افراز حق لم تبطل القسمة[٢] وان قلنا هى بيع انبنى على بيع التركة قبل قضاء الدين هل يجوز ؟ على وجهين[٣]

---

(١) قوله « واذا اقتسما دارين الخ » أى لأن هذه القسمة بمنزلة البيع لأن الدارين لا يقتسمان قسمة اجبار وانما هو بالتراضى ولو باعه نصف الدار رجع عليه بنصف ما غرم فيه وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن ليس له الرجوع عليه بشىء لأنه بنى وغرس باختياره قال الشارح وكذلك يخرج فى كل قسمة جارية مجرى البيع وهى قسمة التراضى كالتى فيها رد عوض وما لا يجبر على قسمه لضرر فيه فأما قسمة الاجبار إذا ظهر نصيب أحدهما مستحقا بعد البناء والغراس فنقض البناء وقلع الغراس فان قلنا القسمة بيع فكذلك وان قلنا ليست بيعا لم يرجع هذا الذى يقتضيه قول أصحابنا انتهى وقال فى القواعد إذا اقتسما أرضا فبنى أحدهما فى نصيبه وغرس ثم استحقت الارض فقلع غرسه وبناءه فان قلنا هى إفراز حق لم يرجع على شريكه وان قلنا هى بيع رجع عليه بقيمة الشقص إذا كان عالما بالحال دونه . وقال فى الفروع وان بنى أو غرس فخرج مستحقا فقلع رجع على شريكه بنصف قيمته فى قسمة الاجبار إذا قلنا هى بيع كقسمة قراض وإلا فلا

قوله « فله فسخ القسمة » يعنى إذا كان جاهلا به وله الامساك مع الارش على هذا المذهب . ويحتمل ان تبطل القسمة لأن التعديل فيها شرط ولم يوجد بخلاف البيع

(٢) قوله « واذا اقتسم الورثة العقار الخ » هذا المذهب لأن الدين يتعلق بالتركة بعد القسمة فلم يقع ضرر فى حق أحد لكن ان امتنعوا من وفاء الدين بطلت لأن الدين مقدم على الميراث وان امتنع بعضهم بطل فى نصيبه وحده

(٣) قوله « وان قلنا هى بيع الخ » أحدهما يصح بيعها قبل قضاء الدين وهو المذهب قال المصنف والشارح هذا المذهب وهو أولى قال فى المحرر ويصح البيع على الأصح ان قضى لأن العبد الجانى يتعلق برقبته حق المجنى عليه ويتمكن مالكه من بيعه فكذا الوارث ، والثانى لا يصح لأن تعلق الدين بالعين يمنع التصرف فيها كالرهن فعليه يصح العتق على الصحيح من المذهب واختار ابن عقيل فى نظرياته لا يصح إلا مع يسار الورثة قال فى الانصاف وهو الصواب

[فوائد] لا يمنع الدين الذى على الميت نقل تركته الى الورثة على الصحيح من المذهب نص عليه أحمد فيمن أفلس ثم مات فقال قد انتقل المبيع إلى الورثة وحصل ملكا لهم وعلى هذا جماهير الأصحاب قال الزركشى هذا المنصوص المشهور المختار للأصحاب وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة ان كان الدين يستغرق التركة منع نقلها الى الورثة وان كان لا يستغرقها لم يمنع انتقال شىء منها وقال الاصطخرى يمنع بقدره وقد أومأ اليه أحمد رحمه الله تعالى فانه قال فى أربعة بنين ترك أبوهم داراً وعليه دين فقال أحد البنين أنا أعطى ودعوا لى الربع فقال أحمد هذه الدار للغرماء لا يرثون شيئا حتى يؤدوا الدين وهذا يدل على انها لم تنتقل اليهم عنده والمذهب الأول بدليل ان الغريم لا يحلف على دين الميت لأن الدين محله الذمة وانما يتعلق بالتركة فيخير الوارث بين قضاء الدين منها أو من غيرها كالرهن والجانى

(الثانيــة) اذا اقتسم الورثة تركة الميت ثم ظهر عليه دين لا وفاء له الا ما اقتسموه لم تبطل القسمة اذا قلنا هى افراز حق لأن تعلق الدين بالتركة لا يمنع تصرف الوارث فيها لكن ان امتنعوا من وفاء الدين بيعت فى الدين وبطلت القسمة لأن الدين يقدم على الميراث لقوله تعالى ﴿ من بعد وصية يوصى بها أو دين ﴾

(الثـالثة) قال أحمد رحمه الله تعالى فى قوم اقتسموا دارا فحصل لبعضهم فيها زيادة أذرع ولبعضهم نقصان ثم باعوا الدار جملة قسمت الدار بينهم على قدر الأذرع يعنى أن الثمن يقسم بينهم على قدر ملكهم فيها ، وهذا محمول على أن زيادة أحدهما فى الأذرع لزيادة ملكه فيها مثل أن يكون لأحدهما الخمسان فيحصل له أربعون ذراعا وللآخر ثلاثة أخماس يحصل له ستون ذراعا فان الثمن يقسم بينهما أخماسا على قدر ملكهما فى الدار ، فأما ان كانت زيادة الأذرع لرداءة ما أخذه صاحبها كدار تكون بينهما نصفين فأخذ أحدهما نصيبه من جيدها أربعين ذراعا وأخذ الآخر من رديها ستين فلا ينبغى أن يقسم الثمن على قدر الأذرع بل يقسم بينهما نصفين لأن الستين هاهنا مبدلة بالأربعين

(الرابعة) قال أحمد رحمه الله تعالى فى قوم اقتسموا دارا كانت أربعة أسطحة يجرى عليها الماء من أحد الأسطحة فلما اقتسموا أراد أحدهما منع جريان ماء =

وان اقتسما فحصلت الطريق فى نصيب أحدهما ولا منفذ للآخر بطلت القسمة[١] ويجوز للأب والوصى قسم مال المولى عليه مع شريكه[٢]

باب الدعاوى والبينات

المدعى من اذا سكت ترك والمنكر من اذا سكت لم يترك[٣] ولا تصح

= الآخر عليه وقال هذا شيء قد صار لى قال ان كان بينهما شرط برد الماء فله ذلك وان لم يشترط فليس له منعه ووجه ذلك أنهم اقتسموا الدار واطلقوا فاقتضى ذلك أن يملك كل واحد حصته بحقوقها كما لو اشتراها بحقوقها ومن حقها جريان مائها فيما كان يجرى اليه معتاداً

(١) قوله « وإذا اقتسما الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب لعدم التعديل والنفع ولأن من شرط الإجبار على القسمة أن يكون ما يأخذه كل واحد منهما يمكن الانتفاع به وهذا لا ينتفع به أخذه فان كان قد أخذه راضياً عالما بأنه لا طريق له جاز قال المصنف وقياس المسئلة التى قبلها يعنى الفائدة التى قبل هذه المسئلة أن الطريق تبقى بحالها فى نصيب الآخر ما لم يشترط صرفه عنها كجرى الماء فعلى هذا الاحتمال يشتركان فى الطريق

[فوائد] مثل ذلك فى الحكم لو حصل طريق الماء فى نصيب أحدهما قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى وقال فى الفروع ونصه هو لهما ما لم يشترطا رده وهو المذهب وجزم به فى المغنى والشرح والمصنف وقاس المسئلة الأولى على هذه

(الثانية) لو كان للدار ظلة فوقعت فى حق أحدهما فهى له بمطلق العقد قاله الأصحاب

(الثالثة) لو ادعى كل واحد أن هذا البيت من سهمى تحالفا ونقضت القسمة

(٢) قوله « ويجوز للأب الخ » هذا بلا نزاع ويجبران فى قسمة الاجبار ولهما أن يقاسما فى قسمة التراضى ان رأيا المصلحة وتقدم حكم ما إذا غاب الولى فى قسمة الاجبار هل يقسم الحاكم وتقدم اذا غاب أحد الشريكين فى فصل قسمة الاجبار

(٣) قوله « المدعى من إذا سكت الخ » هذا المذهب وقيل المدعى من يدعى خلاف الظاهر وعكسه المنكر والأصل فى الدعاوى قوله ﷺ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم وقوله ﷺ « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » رواه البيهقى

الدعوى والانكار الا من جائز التصرف[١] وإذا تداعيا عينا لم تخل من ثلاثة أقسـام أحدها ان تكون فى يد أحدهما فهى له مع يمينه أنها له لا حق الآخر فيها اذا لم يكن بينة[٢] ولو تنازعا دابة أحدهما راكبها أو له عليها حمل والآخر آخذ بزمامها فهى للاول[٣] وان تنازعا قميصا أحدهما لابسه والآخر آخذ بكمه فهو للابسه[٤] وان تنازع صاحب الدار والخياط الابرة والمقص فهما

---

(١) قوله « ولا تصح الدعوى الخ » هذا صحيح لأن من لا يصح تصرفه لا قول له فى المال ولا يصح اقراره به ولا تصرفه فلا تسمع دعواه ولكن تصح الدعوى على السفيه فيما يؤخذ به حال سفهه وبعد فك حجره ويحلف إذا أنكر

(٢) قوله « أحدها أن يكون فى يد أحدهما الخ » هذا بلا نزاع لما روى ابن عباس رضى الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ « لو أن الناس أعطوا بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » متفق عليه ولقوله ﷺ فى قصة الحضرمى شاهداك أو يمينه ليس لك الا ذلك رواه مسلم لكن لا يثبت له الملك بذلك كثبوته بالبينة فلا شفعة له بمجرد اليد لأن الظاهر لا تثبت به الحقوق وانما ترجح به الدعوى

(٣) قوله « ولو تنازعا دابة الخ » هذا المذهب مطلقا وعليه جماهير الأصحاب لأن تصرفه أقوى ويده آكد لأنه المستوفى للمنفعة

[فائدة] اذا كان لأحدهما عليها حمل والآخر راكبها فهى للراكب قاله المصنف والشارح فان ادعيا الحمل فهو للراكب لأن يده على الدابة والحمل معا

(٤) قوله « وان تنازعا قميصا الخ » هذا بلا نزاع فان كان كمه فى يد أحدهما وباقيه مع الآخر أو تنازعا عمامة طرفها فى يد أحدهما وباقيها بيد الآخر تحالفا وهى بينهما فيمين كل واحد على النصف الذى أخذه وعنه يقرع بينهما فمن قرع حلف وأخذها

[فائدة] لو كانت دار فيها أربعة بيوت فى أحدها ساكن وفى الثلاثة ساكن واختلفا فلكل واحد منهما ما هو ساكن فيه وان تنازعا المساحة التى يتطرق منها الى البيوت فهى بينهما نصفين

للخياط[١] وان تنازع هو والقراب القربة فهى للقراب[٢] وان تنازعا عرصة فيها شجر أو بناء لاحدهما فهى له[٣] وان تنازعا حائطا معقودا ببناء أحدهما وحده أو متصلا به اتصالا لا يمكن إحداثه او له عليه ازج فهو له[٤] وان كان محلولا من بنائهما او معقودا بهما فهو بينهما[٥] ولا ترجح الدعوى بوضع خشب أحدهما عليه ولا بوجوه الآجر والتزويق والتجصيص ومعاقد القمط فى الخص[٦] وان تنازع صاحب العلو والسفل فى سلم منصوب أو درجة فهى

---

(١) قوله « وان تنازع صاحب الدار الخ » هذا بلا نزاع لأن تصرف الخياط فى ذلك أظهر والظاهر معه فكان أقوى فان نازعه الخياط فى قميص يخيطه فيها والنجار فى خشب ينجره فيها أو فرش وقطن وصوف فهو لصاحب الدار عملا بالعادة

(٢) قوله « وان تنازع هو والقراب الخ » هذا بلا نزاع لما تقدم

(٣) قوله « وان تنازعا عرصة الخ » هذا المذهب مطلقا وعليه جماهير الأصحاب لأن ذلك دليل الملك ظاهراً وقيل لا تكون له إلا ببينة

(٤) قوله « وان تنازعا حائطا الخ » يعنى هى له مع يمينه وهذا المذهب بهذا الشرط أعنى اذا كان متصلا اتصالا لا يمكن احداثه وعليه الاصحاب لأن ذلك يرجح قول مدعيه فكان له عملا بالظاهر ويحلف لخصمه ، والأزج ضرب من الابنية ويقال له الطاق فلو كان متصلا ببناء أحدهما اتصالا يمكن إحداثه فظاهر كلام المصنف هنا أنه لا يرجح بذلك وهو المذهب

[فائدة] لو كان له عليه جذوع لم يرجح بذلك على الصحيح من المذهب

(٥) قوله « وان كان محلولا من بنائهما الخ » هذا بلا نزاع لأنه لا ترجيح لأحدهما على الآخر ويحلف كل منهما لصاحبه ان نصف الحائط له وان حلف كل واحد على جميعه أنه له وما هو لصاحبه جاز وان نكلا عن اليمين كان الحائط فى أيديهما على ما كان وان نكل أحدهما قضى عليه وكان النكل للآخر فان أقام كل منهما بينة تعارضتا وصارا كمن لا بينة لهما

(٦) قوله « ولا ترجح الدعوى الخ » هذا الصحيح من المذهب فى ذلك كله وعليه الأصحاب قال الشارح قال أصحابنا لا ترجح دعوى أحدهما بوضع خشبة على=

لصاحب العلو [١] الا ان يكون تحت الدرجة مسكن لصاحب السفل فيكون بينهما [٢] وان تنازعا فى السقف الذى بينهما فهو بينهما [٣] وان تنازع المؤجر والمستأجر فى رف مقلوع او مصراع له شكل منصوب فى الدار فهو

الحائط وهو قول الشافعى لأن هذا مما يسمح به الجار وقد ورد الخبر بالنهى عن المنع منه وهو عندنا حق يجب التمكين منه ويحتمل أن ترجح به الدعوى وهو قول مالك لأنه ينتفع به بوضع ماله عليه فأشبه البانى عليه. وكذا لا ترجح الدعوى بكون الدواخل الى أحدهما والخوارج ووجوه الآجر والحجارة ولا كون الحجارة الصحيحة مما يلى أحدهما ولا بمعاقد القمط فى الخص يعنى عقد الخيوط التى يشد بها الخص وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى، وقال أبو يوسف ومحمد يحكم به لمن اليه وجه الحائط ومعاقد القمط لما روى عمران بن جارية التميمى عن أبيه أن قوما اختصموا الى النبى ﷺ فى خص فبعث حذيفة بن اليمان ليحكم بينهم فحكم لمن يليه معاقد القمط ثم رجع الى النبى ﷺ فأخبره فقال أصبت وأحسنت رواه سعيد وابن ماجه ولنا عموم قوله البينة على المدعى والحديث ضعفه جماعة منهم احمد واسحاق وابن المنذر

على قوله « ومعاقد القمط » ◦ المعاقد جمع معقد بكسر القاف ما يسد به الأخصاص

على قوله « فى الخص » ◦ بيت يعمل من خشب وقصب وجمعه أخصاص

(١) قوله « وان تنازع صاحب العلو الخ » هذا بلا نزاع لأن الظاهر ان ذلك له لكونه يراد للصعود

(٢) قوله « الا أن يكون الخ » هذا بلا نزاع لأن يدهما عليها لكونها سقفا للسفلانى وموطئا للفوقانى قال فى الشرح وان كان تحتها طاق صغير لم تبن الدرجة لأجله وانما جعل مرفقا يجعل فيه حب الماء ونحوه فهى لصاحب العلو لأنها بنيت لأجله

(٣) قوله « وان تنازعا فى السقف الخ » هذا المذهب وهو مذهب الشافعى وقال أبو حنيفة هو لصاحب السفل لأن السقف على ملكه فكان القول قوله وحكى عن مالك كالقولين ولنا أنه حاجز بين ملكيهما ينتفعان به غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان فكان بينهما كالحائط بين الملكين وقولهم هو على ملك صاحب السفل يبطل بحيطان العلو قال ابن عقيل هو لرب العلو

لصاحبها[١] والا فهو بينهما[٢] وان تنازعا دارا فى يدهمافادعاها أحدهماوادعى الآخر نصفها جعلت بينهما نصفين واليمين على مدعى النصف[٣] وان تنازع الزوجان أو ورثتهما فى قماش البيت فما كان يصلح للرجل فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة وما يصلح لهما فهو بينهما[٤]وان اختلف صانعان فى قماش دكان لهما حكم بآلة كل صناعة لصاحبها فى ظاهر كلام أحمد والخرقى وقال القاضى ان كانت أيديهما عليه من طريق الحكم فكذلك وان كانت من طريق المشاهدة فهو بينهما على كل حال وكل من قلنا هو له فهو مع يمينه اذا لم تكن بينة وان كان لاحدهما بينة حكم بها[٥] وان كان لكل واحد منهما بينة حكم بها

---

(١) قوله « وان تنازع المؤجر الخ » هذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب لأن الظاهر أن الرف والمصراع تابع للمنصوب

(٢) قوله « والا فهو بينهما » هذا المذهب لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ويتحالفان . قال فى الانصاف والمنصوص عن أحمد أنه لرب الدار مطلقا وهو المؤجر كما يدخل فى البيع عند الاطلاق ولعله المذهب

(٣) قوله « وان تنازعا داراً الخ » هذا المذهب نص عليه ولا يمين على مدعى الكل لأن فى يده نصفا ولا منازع له فيه قال الشارح ولا أعلم فى هذا خلافا إلا أنه حكى عن ابن شبرمة أن لمدعى الكل ثلاثة أرباعها لأن النصف له لا منازع له فيه والنصف الآخر يقسم بينهما على حسب دعواهما وكذا الحكم لو ادعى أقل من نصفها فادعى الآخر كلها أو أكثر

(٤) قوله « وان تنازع الزوجان الخ » هذا المذهب نص عليه

(٥) قوله « وان كان لأحدهما بينة حكم له بها » يعنى اذا كانت البينة للمدعى وحده وكانت العين فى يد المدعى عليه فانه يحكم له بها من غير يمين هذا الصحيح من المذهب قال الشارح بغير خلاف نعلمه ولم يحلف وهو قول أهل الفتيا من أهل الأمصار منهم الزهرى ومالك والشافعى وأبو حنيفة وقال شريح وعون بن عبد الله والنخعى والشعبى وابن أبى ليلى يستحلف الرجل مع بينته قال شريح لو اثبت كذا كذا شاهداً ما قضيت لك حتى تحلف ، قيل لشريح ما هذا الذى أحدثت فى القضاء قال رأيت الناس أحدثوا فأحدثت ،قال شمس الدين بن القيم رحمه الله تعالى وهذا =

للمدعى فى ظاهر المذهب[١]، وعنه ان شهدت بينة المدعى عليه انها له تنجت فى ملكه أو قطيعة من الامام قدمت بينته والا فهى للمدعى ببينته[٢] وقال القاضى

= ليس ببعيد لاسيما مع التهمة قال الخلال فى جامعه حدثنا محمد بن على حدثنا مهنا قال سألت أبا عبد الله عن الرجل يقيم الشهود أيستقيم للحاكم أن يقول لصاحب الشهود احلف قال قد فعل ذلك على قلت من ذكره قال حدثنا حفص بن غياث حدثنا ابن أبى ليلى عن الحكم عن خداش قال استحلف على عبيد الله بن الحر مع الشهود . ووجه الاول قول النبى ﷺ للحضرمى « بينتك أو يمينه ليس لك الا ذلك » وقوله ﷺ « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » ولأن البينة أحد حجتى الدعوى فيكتفى بها كاليمين . إذا ثبت ذلك فقال أصحابنا لا فرق بين الحاضر والغائب والحى والميت والعاقل والمجنون والصغير والكبير . وقال الشافعى اذا كان المشهود عليه لايعبر عن نفسه أحلف المشهود له لأنه لايعبر عن نفسه فى دعوى القضاء والابراء فيقوم الحاكم مقامه فى ذلك وهذا اختيار المصنف وتقدمت المسئلة فى قول المصنف فى باب طريق الحكم وصفته ، وان ادعى على غائب أو مستتر فى البلد أو ميت أو صبى أو مجنون وله بينة سمعها الحاكم وحكم بها وهل يحلف المدعى أنه لم يبرأ اليه منه ؟ على روايتين وذكرنا الصحيح منهما

(١) قوله « وان كان لكل واحد بينة الخ » يعنى تقدم بينة الخارج وهو المدعى وهو المذهب كما قال وعليه جماهير الأصحاب وهو قول اسحاق لأن النبى ﷺ جعل البينة فى جنبة المدعى بقوله البينة على المدعى فلا يبقى فى جنبة المدعى عليه بينة ولأن بينة المدعى أكبر فائدة لأنها تثبت شيئا لم يكن فوجب تقديمها كبينة الجرح على التعديل

(٢) قوله « وعنه ان شهدت بينة المدعى عليه الخ » وهذا قول أبى حنيفة وأبى ثور فى النتاج والنساج فيما لا يتكرر نسجة فأما ما يتكرر نسجه كالخز والصوف فلا تسمع بينته لأنها اذا شهدت بالسبب فقد أفادت ما تفيده اليد ولما روى جابر أن رجلين اختصما الى النبى ﷺ فى دابة أو بعير وأقام كل منهما البينة انها له انتجها فقضى بها النبى ﷺ انها للذى فى يده وعنه تقدم بينة الداخل وهو المدعى عليه الا أن تمتاز بينة الخارج بسبب الملك أو سبقه فانها تقدم وعلى هذا يكفى مطلق السبب

فيهما اذا لم يكن مع بينة الداخل ترجيح لم يحكم بها رواية واحدة(١). وقال ابو الخطاب فيه رواية أخرى انها مقدمة بكل حال(٢) فان أقام الداخل بينة أنه اشتراها من الخارج وأقام الخارج بينة انه اشتراها من الداخل فقال القاضي تقدم بينة الداخل وقيل تقدم بينة الخارج(٣)

فصل

القسم الثانى : ان تكون العين فى يديهما فيتحالفان وتقسم بينهما(٤) وان

---

(١) قوله « وقال القاضى الخ » أى لأن بينة الخارج أقوى منها لأنها لا يجوز أن يكون مستندها اليد بخلاف بينة الداخل

(٢) قوله « وقال أبو الخطاب الخ » أى بينة الداخل واختارها أبو محمد الجوزى وهو قول شريح والشعبي والحكم والشافعى وأبى عبيد وقال هو قول أهل المدينة وأهل الشام وروى ذلك عن طاوس لأن جنبته أقوى من جنبة الخارج بدليل أن يمينه تقدم يمينه وانكر القاضى كون هذا رواية عن أحمد وقال لا تقدم بينة الداخل اذا لم تفد الا ما افادته يده رواية واحدة

(٣) قوله « وان أقام الداخل الخ » وكذا قال المصنف والشارح وابن منجا فى شرحه وجزم به فى الوجيز وتسهيل الحلوانى لأنه هو الخارج فى المعنى لأنه ثبت بالبينة ان المدعى صاحب اليد وان يد الداخل نائبة عنه وقيل تقدم بينة الخارج لأنه المدعى

[فوائد] لو أقام كل واحد منهما بينة انها نتجت فى ملكه تعارضتا على الصحيح من المذهب قدمه فى الفروع وقدم فى الارشاد أن بينة المدعى تقدم

(الثانية) لو كانت فى يد أحدهما وأقام كل واحد منهما بينة انه اشتراها من زيد أو أتهبها منه فعنه انها كبينة الداخل والخارج على ما سبق وهى المذهب عند القاضى وعنه يتعارضان وهو المذهب

(الثالثة) لا تسمع بينة الداخل قبل بينة الخارج وتعديلها على الصحيح من المذهب

(٤) قوله « القسم الثانى أن تكون العين الخ » هذا بلا خلاف نعلمه لأن يد كل واحد منهما على نصفها والقول قول صاحب اليد مع يمينه وان نكلا جميعا عن

تنازعا مسناة بين نهر أحدهما وارض الآخر تحالفا وهى بينهما[١] وان تنازعا صبيا فى يديهما فكذلك[٢] وان كان مميزا فقال انى حر فهو حر الا ان تقوم بينة برقه[٣] ويحتمل ان يكون كالطفل فان كان لاحدهما بينة حكم له بها[٤] وان كان لكل واحد بينة[٥] قدم اسبقهما

اليمين فكذلك وان نكل أحدهما وحلف الآخر قضى له بجميعها لأنه يستحق ما فى يده بيمينه وما فى يد الآخر بنكوله

(١) قوله « وان تنازعا مسناة الخ » هذا المذهب وعليه أكثر الاصحاب لانه حاجز بين ملكيهما ينتفع به كل واحد منهما أشبه الحائط بين الدارين وقيل هى لرب النهر وقيل لرب الأرض

(٢) قوله « وان تنازعا صبيا الخ » وجزم به فى المغنى والشرح وغيرهما فيتحالفان وهو بينهما لانه لا يعبر عن نفسه أشبه البهيمة الا أن يعرف أن سبب يده غير الملك مثل أن يلتقطه فلا تقبل دعواه لرقه لأن اللقيط محكوم بحريته فاما غيره فقد وجد فيه دليل الملك فعلى هذا اذا بلغ وادعى الحرية لم يقبل منه لأنه محكوم برقه قبل دعواه

(٣) قوله « وان كان مميزاً الخ » هذا المذهب لأن الظاهر الحرية وهى الأصل فى بنى آدم ولأنه يعرب عن نفسه أشبه البالغ

(٤) قوله « ويحتمل الخ » أى يكون بينهما لأنه غير مكلف

[فائدة] اذا ادعى رق بالغ فأنكر لم يثبت رقه إلا ببينة وان لم يكن بينة فالقول قوله مع يمينه فى الحرية لانها الاصل وهذا مذهب الشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى فان ادعى رقه اثنان فأقر لهما بالرق ثبت رقه فان ادعاه كل واحد منهما لنفسه فاعترف لاحدهما فهو لمن اعترف له به وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة يكون بينهما نصفين لان يدهما عليه . ولنا أنه انما ثبت رقه باعترافه فكان مملوكا لمن اعترف له

(٥) قوله « وان كان لكل واحد بينة » أما إذا أقام كل واحدمنهما بينة وتساوتا تعارضتا وقسمت العين بينهما نصفين وبه قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى لما روى أبوموسى رضى الله عنه أن رجلين اختصما الى النبى ﷺ فى بعير فأقام كل

تاريخا[1] فان وقتت احداها وأطلقت الأخرى فهما سواء[2] ويحتمل تقديم المطلقة[3] وان شهدت احداها بالملك والاخرى بالملك والنتاج او سبب من أسباب الملك فهل تقدم بذلك على وجهين[4] ولا تقدم احداها بكثرة العدد

= واحد منهما شاهدين فقضى رسول الله ﷺ بالبعير بينهما نصفين رواه أبو داود والنسائى وابن ماجه من رواية ابن أبى عروبة عن قتادة عن سعيد بن أبى بردة عن أبى موسى رضى الله عنه وقال النسائى اسناده جيد

(١) قوله « قدم أسبقهما تاريخا » هذا رواية عن أحمد نصرها القاضى وأصحابه وجزم به فى الوجيز وهو قول أبى حنيفة وأحد قولى الشافعى لأنها أثبتت الملك له فى وقت لم تعارضه فيه البينة الأخرى وظاهر كلام الخرقى التسوية بينهما وهو المذهب وهو أحد قولى الشافعى ووجهه أن الشاهد بالملك الحادث أحق بالترجيح لجواز أن يعلم به دون الأول بدليل أنه لو ذكر انه اشتراه من الآخر أو وهبه اياه لقدمت بينته اتفاقا فاذا لم يرجح بها فلا أقل من التسوية وقولهم إنه يثبت الملك فى الزمان الماضى من غير معارضة قلنا انما يثبت تبعا لثبوته فى الحال ولو انفرد بأن يدعى الملك فى المعنى لم تسمع دعواه ولا بينته

(٢) قوله « فان وقتت الخ » اختاره القاضى وغيره وجزم به فى الوجيز ونصره المصنف والشارح وهذا بناء من المصنف على ما قاله قبل ذلك من تقديم أسبقهما تاريخا والصحيح من المذهب انهما سواء لأنه ليس فى احداهما ما يقتضى الترجيح من تقدم الملك وغيره

(٣) قوله « ويحتمل الخ » وهذا قول أبى يوسف ومحمد لأن الملك بها يجوز أن يكون ثابتاً قبل الموقتة

(٤) قوله « وان شهدت احداها الخ » أحدهما لا تقدم بذلك بل هما سواء وهو المذهب لأنهما تساويا فيما يرجع به الى المختلف فيه وهو ملك العين الآن فوجب تساويهما فى الحكم والثانى تقدم وهو قول أبى حنيفة والقاضى وجماعة من أصحابه لأنها تتضمن زيادة علم وهو السبب والأخرى خفى عليها ذلك

على قوله « ولا تقدم احداها بكثرة العدد ولا اشتهار العدالة ولا الرجلان على الرجل والمرأتين » * وهذا المذهب فى ذلك كله قال الشارح ولا ترجح احدى =

ولا اشتهار العدالة ولا الرجلان على الرجل والمرأتين ويقدم الشاهدان على الشاهد واليمين فى أحد الوجهين وإذا تساوتا تعارضتا[١] وقسمت العين بينهما بغير يمين[٢] . وعنه انهما يتحالفان كمن لا بينة لهما[٣] وعنه انه يقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وأخذها . فان ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد لم تسمع البينة على ذلك حتى يقول وهى ملكه وتشهد البينة به[٤] فان ادعى

= البينتين بكثرة العدد واشتهار العدالة وهو قول أبى حنيفة والشافعى ويتخرج أن ترجح بذلك وهو قول مالك لأن أحد الخبرين يرجح بذلك فكذلك الشهادة لأنها خبر ولأن الشهادة انما اعتبرت لغلبة الظن بالمشهود به ، واذا كثر العدد أو قويت العدالة كان الظن أقوى . ولنا أن الشهادة مقدرة بالشرع فلا تختلف بالزيادة كالدية بخلاف الخبر فانه مجتهد فى قبول خبر الواحد دون العدد فرجح بالزيادة والشهادة متفق فيها على خبر الاثنين

على قوله « فى أحد الوجهين » ، قال فى الانصاف وهو المذهب اختاره المصنف والشارح وغيرهما وهو الصواب لأنها حجة متفق عليها والثانى لا يقدمان قال فى الانصاف وهو المذهب على ما اصطلحناه

(١) قوله « وإذا تساوتا الخ » هذا بلا نزاع لما تقدم من حديث أبى موسى وتقدم الكلام عليه عند قول المصنف وان كان لكل واحد منهما بينة قدم أسبقهما تاريخا قريبا

(٢) قوله « وقسمت العين الخ » يعنى اذا كانت العين فى يديهما وهذا احدى الروايات فتستعمل البينتان بقسمة العين بينهما بغير يمين وجزم به فى الوجيز وصححه فى المغنى والشرح وهو قول مالك وأبى حنيفة والقول الثانى للشافعى للخبر والمعنى الذى ذكرناه

(٣) قوله « وعنه انهما يتحالفان الخ » أى فيسقطان بالتعارض وهذه الرواية هى المذهب وجزم به فى العمدة وعليه جماهير الاصحاب وهو أحد قولى الشافعى لأن البينتين لما تعارضتا من غير ترجيح وجب اسقاطهما كالخبرين إذا تعارضا فيحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به

(٤) قوله « فان ادعى أحدهما انه اشتراها من زيد الخ » أى لأن مجرد الشراء =

أحدهما انه اشتراها من زيد وهي ملكه وادعى الآخر أنه اشتراها من عمرو وهي ملكه واقاما بذلك بينتين تعارضتا [١] وان اقام أحدهما بينة انها ملكه وأقام الآخر بينة انه اشتراها منه أو وقفها عليه أو اعتقه قدمت بينته [٢] ولو أقام رجل بينة ان هذه الدار لابي خلفها تركة وأقامت امرأته بينة ان أباه أصدقها اياها فهي للمرأة [٣]

فصل

القسم الثالث تداعيا عينا في يد غيرهما فانه يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف وأخذها [٤] فان كان المدعى عبدا فأقر لاحدهما لم يرجح

= لا يوجب نقل الملك لجواز أن يقع من غير مالك فلم يكن بد من انضمام الملك للبائع ولأن مجرد الشراء لو أفاد لتمكن من أراد انتزاع ملك من يد شخص بذلك بأن يوافق شخصا لا ملك له على ايقاع الشراء على الملك الذي في يد ذلك الشخص وينتزعه منه وذلك ضرر عظيم

(١) قوله « وان ادعى أحدهما الخ » أي لأنهما استويا في السبب وثبوت الملك وذلك يوجب التعارض

[تنبيه] مراده إذا لم يؤرخا قاله في الفروع وغيره فان كانت في يد أحدهما انبنى ذلك على بينة الداخل والخارج على ما تقدم

(٢) قوله « وان أقام أحدهما بينة الخ » هذا بلا نزاع وسواء كان داخلا أو خارجا لانها شهدت بأمر خفي على بينة الملك ولا تعارض بينهما فيثبت الملك للأول والشراء منه للثاني

(٣) قوله « ولو أقام رجل بينة الخ » أي سواء كانت داخلة أو خارجة لأن بينتها شهدت بالسبب المقتضي لنقل الملك وقول الابن لا يعارضها وان نافاها مستندها وهو الاستصحاب وقد تبين قطعه بقيام البينة على سبيل النقل فان لم يكن لها بينة صدق الابن ان حلف

(٤) قوله « القسم الثالث الخ » اذا تداعيا عينا في يد غيرهما ولا بينة لهما فأنكرهما فالقول قوله مع يمينه بغير خلاف ، وان اعترف أنه لا يملكها وقال لا أعرف صاحبها أوقال هي لاحدكما لاأعرفه عينا أقرع بينهما فمن قرع صاحبه =

باقراره[١] وان كان لاحدهما بينة حكم له بها[٢] وان كان لـكل واحد بينة تعارضتا والحكم على ما تقدم[٣] فان أقر صاحب اليـــد لاحدهما لم ترجح

حلف انها له وأخذها لما روى ابو هريرة رضى الله عنه أن رجلين تداعيا فى دابة ليس لواحد منهما بينة فأمرها النبى ﷺ أن يستهما على اليمن رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه واسناده ثقات ولأن القرعة تميز عند التساوى ولأنه لامزية لأحدهما فان أقر بها لهما فهى لهما لـكل واحد منهما الجزء الذى أقر به وان أقر بها لاحدهما بعينه حلف وهى له ويحلف أيضا المقر للآخر على الصحيح من المذهب وقيل لا يحلف فعلى المذهب ان نـكل أخذ منه بدلها واذا أخذها المقر له فأقام الآخر بينة انها له أخذها منه

(١) قوله « وان كان المدعى عبدا الخ » وجزم به فى الشرح وشرح ابن منجا والهداية والمذهب والخلاصة لأنه محجور عليه أشبه الطفل

(٢) قوله « وان كان لأحدهما الخ » هذا بلا خلاف نعلمه ، وقال فى الفروع وان ادعيا رق بالغ ولا بينة فصدقهما فهو لهما وان صدق أحدهما فهو له كمدع واحد وعنه لا يصح اقراره نصره القاضى وأصحابه وان جحد قبل قوله على الصحيح من المذهب وحكى لا يقبل قوله . انتهى

(٣) قوله « وان كان لـكل واحد بينة الخ » قال الشارح فيه روايتـــان احدهما تسقطان ويقترع المدعيان كما لو لم تـكن بينة ، هذا الذى ذكره القاضى وهو ظاهر كلام الخرقى لأنه ذكر القرعة ولم يفرق روى هذا عن ابن عمر وابن الزبير وبه قال اسحاق وابو عبيد وهو رواية عن مالك وقديم قولى الشافعى لما روى ابن المسيب أن رجلين اختصما الى رسول الله ﷺ فى أمر وجاء كل واحد منهما بشهود عدول فسهم النبى ﷺ بينهما رواه الشافعى فعلى هذا من خرجت له القرعة حلف وأخذها من غير يمين والرواية الثانية تستعمل البينتان وفى كيفية استعمالهما روايتان احداهما تسم العين بينهما وهو قول الحارث العكلى وقتادة وابن شبرمة وحماد وأبى حنيفة وقول للشافعى لحديث أبى موسى ولأنهما تساوتا فى دعواه فتساوتا فى قسمته والرواية الثانية تقدم احداهما بالقرعة وهو قول للشافعى وله قول رابع يوقف الأمر حتى يتبن وهو قول أبى ثور لأنه اشتبه الامر فوجب التوقف

بذلك[١] وان ادعاها صاحب اليد لنفسه فقال القاضي يحلف لكل واحد منهما وهي له وقال ابو بكر بل يقرع بين المدعيين فتكون لمن تخرج له القرعة[٢] وان كان في يد رجل عبد فادعى انه اشتراه من زيد وادعى العبد أن زيدا اعتقه وأقام كل واحد بينة انبنى على بينة الداخل والخارج[٣] وان كان العبد في يد زيد فالحكم فيه حكم ما اذا ادعيا عينا في يد غيرهما[٤] وان كان في يده عبد فادعى عليه رجلان كل واحد منهما انه اشتراه مني بثمن سماه فصدقهما لزمه الثمن

[فائدة] لو أقاما بينة برقه وأقام بينة بحريته تعارضتا على الصحيح من المذهب وقيل تقدم بينة الحرية وقيل عكسه

(١) قوله « وان أقر صاحب اليد الخ » أي كاقرار العبد لاحدى البينتين اذا قلنا لا تسقط البينتان وان قلنا بسقوطهما فأقر لأحدهما أو لهما قبل اقراره ويحلف هو لمن أقر له وهذا الصحيح من المذهب

(٢) قوله « وان ادعاها صاحب اليد الخ » ما قاله القاضي هو المذهب لأنه صاحب اليد وهو منكر فلزمته اليمين للخبر ووجه قول أبي بكر أن بينتهما أظهرت انهما المستحقان لها وأنه لا حق لصاحب اليد فرجحت احدى البينتين بالقرعة

(٣) قوله « وان كان في يد رجل عبد الخ » مراده اذا كانت البينتان مؤرختين بتاريخ واحد أو مطلقتين أو احداهما مطلقة ونقول هما سواء فان كان في يد المشترى فالمشترى داخل والعبد خارج لأن يد المشترى على العبد فهو داخل والعبد خارج لأنه ليست له يد

(٤) قوله « وان كان العبد في يد زيد الخ » أي لأن العبد عين وهو في يد غير المتنازعين فعلى هذا يرجع الى قول زيد فان أنكرهما فالقول قوله مع يمينه لأنه منكر وان أقر لأحدهما قبل اقراره وحلف للآخر وان أقام أحدهما بينة حكم له بها وان أقام كل منهما بينة قدمت السابقة وان قلنا بالقرعة أقرع بين المشترى والعبد فمن خرجت له القرعة حلف وحكم له وان قلنا بالقسمة جعل نصف العبد مبيعا ونصفه حراً ثم يسرى الى باقيه ان كان البائع موسراً

لكل واحد منهما (١) وان أنكرهما حلف لهما وبرىء (٢) فان صدق أحدهما لزمه ما ادعاه (٣) وحلف للآخر (٤) وان كان لاحدهما بينة فله الثمن ويحلف للآخر (٥) وان أقام كل واحد منهما بينة فأمكن صدقهما لاختلاف تاريخهما أو إطلاقهما أو إطلاق احداهما وتاريخ الاخرى عمل بهما (٦) وان اتفق تاريخهما تعارضتا والحكم على ما تقدم (٧) وان ادعى كل واحد منهما انه باعنى اياه بألف وأقام بينة قدم أسبقهما تاريخا (٨) وان لم تسبق احداهما تعارضتا . وان قال أحدهما غصبنى اياه وقال الآخر ملكنيه أو أقر لى به واقام كل واحـــد بينة فهو

---

(١) قوله « وان كان فى يده عبد الخ » هذا بلا نزاع لأنه يجوز أن يكون اشتراه من أحدهما ثم ملكه الآخر فاشتراه منه فان قال اشتريته من كل واحد منكما صفقة واحدة فقد أقر لكل منهما بنصف الثمن وله تحليفه على الباقى

(٢) قوله « وان انكرهما الخ » بلا نزاع لأن من أنكر وجبت عليه اليمين ويحلف لكل منهما يمينا

(٣) قوله « وان صدق أحدهما الخ » بلا نزاع لتوافقهما على صحة دعواه

(٤) قوله « ويحلف للآخر » أى لأنه منكر

(٥) قوله « وان كان لأحدهما بينة الخ » أى لان البينة مقدمة على الانكار للخبر

(٦) قوله « وان أقام كل واحد منهما الخ » هـــذا المذهب لان البينة حجة شرعية فاذا أمكن صدقها من الجانبين ويجب العمل بها كالخبرين اذا أمكن العمل بهما

(٧) قوله « وان اتفق تاريخهما الخ » هذا بلا نزاع فاذا قلنا بالتساقط رجع الى قول المدعى عليه كما لو لم تكن بينة فعلى هذا لا يلزم المدعى عليه شىء من الثمن وان قلنا بالقرعة وجب الثمن لمن تخرج له القرعة ويحلف للآخر ويبرأ وان قلنا بالقسمة قسم الثمن بينهما ويحلف لكل منهما على الباقى

(٨) قوله « وان ادعى كل واحد الخ » بلا نزاع لأن نقل الملك حاصل لمن سبق فوقوع العقد بعد ذلك لا يصح

للمغصوب منه ولا يغرم للآخر شيئا[١]

باب تعارض البينتين

اذا قال لعبده متى قتلت فأنت حر فادعى العبد انه قتل وأنكر الورثة فالقول قولهم[٢] وان أقام كل منهم بينة بما ادعاه فهل تقدم بينة العبد فيعتق أو يتعارضان ويبقى على الرق؟ فيه وجهان[٣]. وان قال ان مت فى المحرم فسالم حر وان مت فى صفر فغانم حر فأقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه قدمت بينة سالم[٤] وان قال ان مت فى مرضى هذا فسالم حر وان برئت فغانم حر

---

(١) قوله « وان قال أحدهما غصبنى إياه الخ » هذا بلا نزاع لأنهما لا تعارض بينهما لجواز أن يكون غصبه من هذا ثم ملكه الآخر ولا يغرم للآخر شيئا لانه لم يحل بينه وبين ما أقر به وانما حالت البينة . قلت ذكر المصنف فى باب طريق الحكم وصفته مسائل حقها أن تذكر فى باب الدعاوى والبينات فمن لم يجدها فى هذا الباب فليراجعها فيه لعله أن يظفر بها إما فى لفظ المصنف وإما فى الشروح عليه

(٢) قوله « اذا قال لعبده الخ » هذا بلا نزاع لان الاصل عدم القتل

(٣) قوله « وان أقام كل واحد الخ » أحدهما يقدم بينة العبد ويعتق وهو المذهب نص عليه لانها تشهد بزيادة وهو القتل . والثانى يتعارضان ويبقى على الرق صححه فى المستوعب لان احداهما تشهد بضد ما شهدت به الاخرى ، وقيل يقرع بينهما وقيل يقسم

(٤) قوله « وان قال ان مت فى المحرم الخ » هذا أحد الوجوه فى المسئلة وجزم به ابن منجا فى شرحه والهداية والمذهب والمستوعب والخلاصة وغيرهم لان معها زيادة علم ، والوجه الثانى يتعارضان ويسقطان ويبقيان على الرق ويصير كمن لا بينة لهما قال فى المبدع وهذا المذهب كما قدمه فى الفروع وجزم به فى الوجيز وقيل تقدم بينة غانم فيعتق وقيل يقرع بينهما

[فائدة] لو لم تقم بينة وجهل وقت موته رقا معا بلا نزاع وان علم موته فى أحد الشهرين أقرع بينهما على الصحيح من المذهب وقيل يعمل فيهما بأصل الحياة فيعتق غانم

وأقاما بينتين تعارضتا وبقيا على الرق ذكره أصحابنا [١] والقياس ان يعتق أحدهما بالقرعة[٢] ويحتمل ان يعتق غانم وحده لان بينته تشهد بزيادة[٣] وان أتلف ثوبا فشهدت بينة ان قيمته عشرون وشهدت اخرى ان قيمته ثلاثون لزمه أقل القيمتين[٤] ولو ماتت امرأة وابنها فقال زوجها ماتت فورثناها ثم

---

(١) قوله « ولو قال ان مت فى مرضى هذا الخ » هذا احدى الروايتين والمذهب منهما وعليه أكثر الاصحاب لأن كل واحدة تكذب الاخرى وتثبت زيادة تنفيها الاخرى وهو مذهب الشافعى

(٢) قوله « والقياس الخ » هذا رواية عن أحمد اختاره المصنف والشارح قال فى الانصاف وهو الصواب وهو ظاهر ما قدمه فى الفروع انتهى لانه لا يخلو اما أن يكون برا أو لا فيعتق أحدهما بكل حال فلا تعلم عينه فيخرج بالقرعة كما لو أعتق أحدهما فأشكل علينا قال الشارح وقول الاصحاب ظاهر الفساد لأن التعارض أثر فى اسقاط البينتين ولو لم يكونا اعتق أحدهما فكذلك اذا سقطتا

(٣) قوله « ويحتمل الخ » قال فى الانصاف وهو قوى

[فائدتان] لو قال ان مت من مرضى هذا فسالم حر وان برئت فغانم حر فحكمها حكم التى قبلها عند جماهير الاصحاب ، وقال فى الترغيب هنا يرقان وجها واحدا

(الثانية) لو قال ان مت فى مرضى هذا فسالم حر وان برئت فغانم حر وجهل مما مات أقرع بينهما على الصحيح من المذهب وقيل يعتق سالم وقيل غانم

(٤) قوله « وان أتلف ثوبا الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الاصحاب وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة يلزمه اكثر القيمتين لانه قد شهد بهما شاهدان وهما حجة فيؤخذ بهما كما يؤخذ بالزيادة فى الاخبار وكما لو شهد له شاهدان بألف وشاهدان بألفين فانه يجب له ألفان قال القاضى ويتوجه لنا مثل ذلك وقاله الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى فى نظيرها فيمن آجر حصة موليه فقالت بينة آجرها بأجرة مثلها وقالت بينة بنصف أجرة المثل ولنا أن من شهد ان قيمته عشرون ينفى أن قيمته ثلاثون فقد تعارضت البينتان فى الزائد وتخالف الشهادة الاخبار فان من روى الناقص لا ينفى الزيادة

مات ابنى فورثته وقال اخوها مات ابنها فورثته ثم ماتت فورثناها ولا بينة حلف كل واحد على ابطال دعوى صاحبه وكان ميراث الابن لابيه وميراث المرأة لاخيها وزوجها نصفين وان اقام كل واحد منهما بينة بدعواه تعارضتا وسقطتا[١] وقياس مسائل الغرقى ان يجعل للاخ سدس مال الابن والباقى للزوج

فصل

اذا شهدت بينة على ميت أنه وصى بعتق سالم وهو ثلث ماله وشهدت أخرى انه وصى بعتق غانم وهو ثلث ماله أقرع بينهما فمن تقع له القرعة عتق دون صاحبه الا ان يخبر الورثة[٢]. وقال ابو بكر وابن أبى موسى يعتق من كل واحد نصفه بغير قرعة[٣] وان شهدت بينة غانم انه رجع عن عتق سالم

---

(١) قوله « وان ماتت امرأة الخ » وهذا المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب قال فى الفروع فى باب ميراث الغرقى والهدى اختاره الأكثر قال المصنف فى هذا الكتاب فى باب ميراث الغرقى والهدى هذا أحسن ان شاء الله تعالى وقطع به الخرقى وصاحب الوجيز والمنور ومنتخب الأدمى وغيرهم وقدمه فى المحرر والشرح والنظم والرعايتين والحاوى الصغير والفروع والفائق والزركشى وغيرهم وهذا مذهب الشافعى لأن سبب استحقاق الحى من موروثه موجود وانما يمتنع لبقاء موروث الآخر بعده وهذا الأمر مشكوك فيه فلا نزول عن اليقين بالشك فيكون ميراث الابن لأبيه وميراث المرأة بين زوجها وأخيها نصفين وقال أبو الخطاب ومن تبعه يرث كل واحد منهما من صاحبه من تلاد ماله دون ما ورثه عن الميت معه كما لو جهل الورثة موتهما على ما تقدم فى باب ميراث الغرقى ، قال المصنف هناك هذا ظاهر المذهب

(٢) قوله « واذا شهدت بينة على ميت الخ » هذا المذهب لأن الوصيتين ثبتا بشهادة العدول فهما سواء فيقرع بينهما سواء اتفق تاريخهما أو اختلف لأن الوصية يستوى فيها المتقدم والمتأخر فمن خرجت له القرعة عتق دون صاحبه

(٣) قوله « وقال أبو بكر الخ » أى لأن القرعة انما تجب اذا كان أحدهما عبداً والآخر حراً أولا فكذلك ههنا فيجب أن يقسم بينهما ويدخل النقص على =

عتق غانم وحده سواء كانت وارثة أو لم تكن[1] وان كانت قيمة غانم سدس المال وبينته أجنبية قبلت وان كانت وارثة عتق العبدان[2]. وقال ابو بكر يحتمل ان يقرع بينهما فان خرجت القرعة لسالم عتق وحده وإن خرجت لغانم عتق هو ونصف سالم[3] وان شهدت بينة انه أعتق سالما فى مرضه وشهدت الأخرى انه وصى بعتق غانم وكل واحد منهما ثلث المال عتق سالم وحده[4] وان شهدت بينة غانم انه اعتقه فى مرضه أيضا عتق أقدمهما تاريخا فان جهل السابق عتق أحدهما بالقرعة[5] فان كانت بينة أحدهما وارثة ولم تكذب

= كل واحد منهما بقدر وصيته كالوصى لاثنين بمال قال المصنف والشارح والأول قياس المذهب لأن الاعتاق بعد الموت كالاعتاق فى مرض الموت وقد ثبت فى الاعتاق فى مرض الموت أنه يقرع بينهما لحديث عمران كذلك بعد الموت

(١) قوله « وان شهدت بينة غانم الخ » قال فى الانصاف لا أعلم فيه خلافا لأنهما لا يجران لأنفسهما بشهادتهما نفعا ولا يدفعان عنها ضرا فإن قيل هما بينتان يجران لانفسهما ولاء سالم قلنا وهما يسقطان ولاء غانم أيضاً

(٢) قوله « وان كانت قيمة غانم الخ » يعنى شهدت الوارثة بأنه رجع عن عتق سالم عتق العبدان ولم تقبل شهادتهما وهــذا المذهب لأن البينة الوارثة متهمة فى شهادتها لكونها ترد الى الرق من كثرت قيمته فردت شهادتها فى الرجوع كما لو كانت فاسقة ويعتق غانم كله بالبينة العادلة ويعتق سالم لأن غانما لما عتق بشهادة الاجنبيين صار كالمغصوب فصار سالم ربع التركة فيعتق جميعه لنقصه عن ثلث الباقى لأن الباقى يصير كأنه التركة جميعها وانما يعتق باقرارهم لا بشهادتهم

(٣) قوله « وقال أبو بكر الخ » أى لأن التهمة فى حق الورثة انما هو فى حق الرجوع فتبطل الشهادة بهما ويبقى أصل العتق لغانم فاحتيج الى القرعة ليتميز المستحق من غيره

(٤) قوله « وان شهدت بينة انه أعتق سالما الخ » أى لأنه لا ينفذ تصرفه فى مرضه الا فى ثلثه اذا لم يجز الورثة وعتق سالم منجز وعتق غانم وصية فيقدم عتق سالم على الوصية

(٥) قوله « وان شهدت بينة غانم الخ » يعنى اذا أقام كل واحد منهما بينة =

الاجنبية فكذلك[١] وان قالت ما اعتق سالما انما اعتق غانما عتق غانم كله[٢] وحكم سالم كحكمه لو لم يطعن فى بينته فى انه يعتق ان تقدم تاريخ عتقه أو خرجت له القرعة والا فلا[٣] وان كانت الوارثة فاسقة ولم تطعن فى بينة سالم عتق سالم كله[٤] وينظر فى غانم فان كان تاريخ عتقه سابقا أو خرجت القرعة له عتق كله[٥] وان كان متأخرا أو خرجت القرعة لسالم لم يعتق منه شىء[٦] وقال

=بدعواه فلاتعارض بينهما لأن ما شهدت به كل بينة لاتنفى ما شهدت به الأخرى فيثبت اعتاقه لهما فان كانت البينتان مؤرختين بتاريخين مختلفين قدم أسبقهما ورق الثانى الا أن يجيز الورثة لأن المريض اذا تبرع بتبرعات منجزة يعجز ثلثه عنها قدم الاول فالاول فان اتفق تاريخهما أوأطلقتا أو احداهما فهما سواء لأنه لامزية لاحداهما على الاخرى فيقرع بينهما كما فعل النبى ﷺ فى العبيد الستة الذين أعتقهم سيدهم عند موته ولو لم يكن له مال غيرهم أو يكون اعتق أحدهما قبل صاحبه وأشكل علينا فيخرج بالقرعة وهذا المذهب وقيل يعتق من كل واحد نصفه وهو قول الشافعى لانه أقرب الى التعديل بينهما فان القرعة قد يرق بها السابق للعتق

(١) قوله «ولم تكذب الاخرى فكذلك» أى يعتق أقدمهما تاريخا مع العلم به وأحدهما بالقرعة مع الجهل به لأن الوارثة غير متهمة

(٢) قوله «عتق غانم كله» هذا الصحيح من المذهب لاقرار الورثة بعتقه

(٣) قوله «وحكم سالم الخ» أى لأن طعن الوارثة فى الاجنبية غير مقبول لأن الاجنبية مثبتة والوارثة نافية والمثبت مقدم على النافى واذا لم يقبل طعنها صار طعنها كلا طعن

(٤) قوله «عتق سالم كله» أى لان البينة العادلة شهدت بعتقه ولم يوجد مايعارضها

(٥) قوله «وينظر فى غانم الخ» أى لاقرار الورثة انه هو المستحق للعتق

(٦) قوله وان كان متأخراً الخ» وهذا المذهب لأن بينته لو كانت عادلة لم يعتق منه شىء فاذا كانت فاسقة أولى

القاضي يعتق من غانم نصفه[1] وان كذبت بينة سالم عتق العبدان[2]

فصل

اذا مات رجل وخلف ولدين مسلما وكافرا فادعى كل واحد منهما انه مات على دينه فان عرف أصل دينه فالقول قول من يدعيه وان لم يعرف فالميراث للكافر لان المسلم لا يقر ولده على الكفر في دار الاسلام[3] وان لم

---

(١) قوله «وقال القاضي الخ» أي لأنه استحق العتق باقرار الورثة مع ثبوت العتق للآخر بالبينة العادلة فصارت بالنسبة اليه كأنه أعتق العبدين فيعتق منه نصفه في الاحوال كلها ، قال المؤلف وهذا لا يصح وروده

(٢) قوله «وان كذبت بينة سالم الخ» هذا المذهب لأن سالما مشهود بعتقه وغانم مقر له بأنه لا مستحق للعتق سواه

[فائدتان] لو شهدت بينة عادلة أنه وصى لزيد بثلث ماله وشهدت بينة أخرى انه رجع عن الوصية لزيد ووصى لعمرو بثلث ماله وشهدت بينة ثالثة انه رجع عن الوصية لعمرو ووصى لبكر بثلث ماله صحت الشهادات كلها وكانت الوصية لبكر سواء كانت البينتان من الورثة أو لم تكن لأنه لا تهمة في حقهم ، وان كانت شهادة البينة الثالثة أنه رجع عن احدى الوصيتين لم تعد هذه الشهادة لأنه قد ثبت بالبينة الثانية انه رجع عن الوصية لزيد وهي احدى الوصيتين ، فعلى هـذا تثبت الوصية لعمرو

(الثانية) اذا شهد شاهدان أنه وصى لزيد بثلث ماله وشهد واحد انه وصى لعمرو بثلث ماله انبنى هذا على أن الشاهد واليمين هل يعارض الشاهدين وفيه وجهان تقدم توجيهما

(٣) قوله «إذا مات رجل وخلف ولدين الخ» وهـذا المذهب بشرط أن يعترف المسلم أنه أخوه وهو الذي قاله الخرقي لأن دعوى المسلم لا تخلو من أن يدعي كون الميت مسلما أصلياً فيجب كون أولاده مسلمين ويكون أخوه الكافر مرتداً وهذا خلاف الظاهر فان المرتد لا يقر على ردته في دار الاسلام ، أو يقول ان أباه كان كافراً فأسلم قبل موته فهو معترف بأن الاصل ما قاله أخوه وهو مدع =

يعترف المسلم انه أخوه ولم تقم به بينة فالميراث بينهما ويحتمل ان يكون للمسلم لان حكم الميت حكم المسلين فى غسله والصلاة عليه . وقال القاضي القياس ان يقرع بينهما ، ويحتمل ان يقف الامر حتى يظهر أصل دينه[1] وان أقام كل واحد بينة انه مات على دينه تعارضتا[2] وان قال شاهدان نعرفه مسلما وقال شاهدان نعرفه كافرا فالميراث للمسلم اذا لم يؤرخ الشهود معرفتهم[3] وان

= زواله وانتقاله والاصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت زواله وهو من مفردات المذهب وذكر ابن أبي موسى عن أحمد أنهما فى الدعوى سواء فالميراث بينهما نصفين وهو ظاهر كلام القاضي فى الجامع الصغير والشريف وأبي الخطاب فى خلافهما ، ويحتمل ان يكون للمسلم وهو مذهب أبي حنيفة لان الدار دار الاسلام يحكم باسلام لقيطها ويثبت للميت فيها اذا لم يعرف حكم الاسلام

(١) قوله « ويحتمل أن يقف الامر الخ » وهذا قول الشافعي ، وهذا اذا لم يثبت أصل دينه فان ثبت أصل دينه فالقول قول من بينته عليه مع يمينه وهذا قول الشافعي وأبي ثور وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة القول قول المسلم على كل حال لما تقدم

(٢) قوله « وان أقام كل واحد بينة الخ » اذا شهدت البينتان بذلك فلا يخلو اما أن نعرف أصل دينه أو لا فان لم نعرف أصل دينه فجزم المصنف هنا بالتعارض وهو المذهب لأنهما تساوتا وذلك موجب التعارض ، وعنه تقدم بينة الاسلام وجزم به فى الوجيز والعمدة وهو ظاهر كلام أبي الخطاب فى الهداية لأنه يجوز أن يكون اطلعت على أمر خفي على البينة الاخرى ، وان عرف أصل دينه قدمت البينة الناقلة عنه على الصحيح من المذهب واختاره المصنف وغيره

(٣) قوله « وان قال شاهدان الخ » اذا شهد الشهود بهذه الصفة فلا يخلو اما أن نعرف أصل دينه أو لا فان لم يعرف أصل دينه فالميراث للمسلم اذا لم يؤرخ الشهود كما هو ظاهر كلام المصنف وهو المذهب لان المسلم لا يقر على الكفر فى دار الاسلام وقد يسلم الكافر فيقر وعنه يتعارضان وهو المذهب على ما اصطلحناه وان عرف أصل دينه قدمت البينة الناقلة له عن أصل دينه وهذا المذهب وقال أبو حنيفة تقدم بينة الاسلام على كل حال

خلف ابوين كافرين وابنين مسلمين فاختلفوا فى دينه فالقول قول الابوين(١) ويحتمل ان القول قول الابنين(٢) وان خلف ابنا كافرا وأخا وامرأة مسلمين فاختلفوا فى دينه فالقول قول الابن على قول الخرقى(٣). وقال القاضى يقرع بينهما(٤)، وقال ابو بكر قياس المذهب ان تعطى المرأة الربع ويقسم الباقى بين الابن والأخ نصفين(٥) ولو مات مسلم وخلف ولدين مسلما وكافرا فأسلم الكافر وقال أسلمت قبل موت أبى وقال اخوه بل بعده فلا ميراث له(٦) فإن

[فائدة] لو شهدت بينة أنه مات ناطقاً بكلمة الاسلام وبينة بأنه مات ناطقا بكلمة الكفر تعارضتا سواء عرف أصل دينه أو لا

(١) قوله « وان خلف أبوين كافرين الخ » قال المصنف والشارح هذا ظاهر المذهب وجزم به فى الوجيز وقدمه فى الرعاية لأن كون الابوين كافرين بمنزلة معرفة أصل دينه لأن الولد قبل بلوغه محكوم له بدين أبويه فيثبت أنه كان كافراً فى صغره

(٢) قوله « ويحتمل ان القول قول الابنين » أى لأن كفر أبويه يدل على أصل دينه فى صغره وإسلام ابنيه يدل على إسلامه فى كبره فيعمل بهما جميعاً قال فى الرعاية الكبرى وهو أولى والذى قدمه فى المحرر والفروع وغيرهما ان حكمهم حكم الابن المسلم والإبن الكافر على ما تقدم من التفصيل والخلاف

(٣) قوله « وان خلف ابنا كافراً الخ » أى لان الظاهر كون الاب كافراً لانه لو كان مسلما لما أقر ولده على الكفر فى دار الاسلام

(٤) قوله « وقال القاضى الخ » أى لأنها مشروعة فى الابهام وهو موجود هنا

(٥) قوله « وقال أبو بكر الخ » أى لأن الولد الكافر لا يحجب الزوجة ويقسم الباقى بين الأخ والابن نصفين لتساويهما فى الدعوى وعلى هذا تصح المسألة من ثمانية

(٦) قوله « ولو مات مسلم الخ » وكذا الحكم لو أسلم بعد الموت قبل قسم التركة وقلنا يرث وهذا المذهب لأن الأصل بقاء الكفر الى أن يعلم زواله وعلى أخيه اليمين لانه منكر ويكون على نفى العلم فان أقاما بينتين بما قالا قدمت بينة الكافر سواء اتفقا على وقت موت أبيهما أو لا وان لم يثبت انه كان كافراً فادعى عليه أنه كان كذلك فأنكر فالميراث بينهما

قال أسلمت فى المحرم ومات أبى فى صفر وقال أخوه بل مات فى ذى الحجة فله الميراث مع أخيه[١]

كتاب الشهادات

تحمل الشهادة وأداؤها فرض على الكفاية اذا قام بها من يكفى سقط عن الباقين وان لم يقم بها من يكفى تعينت على من وجد[٢] قال الخرقى ومن لزمته

---

(١) قوله « وان قال أسلمت فى المحرم الخ » هذا المذهب لان الاصل بقاء حياته الى أن يعلم زوالها وان أقام كل واحد بينة بدعواه فقيل يتعارضان وقيل تقدم بينة من ادعى تقديم موته لان معها زيادة علم

(٢) قوله « تحمل الشهادة وآداؤها الخ » تحمل الشهادة لا يخلو اما أن يكون فى حق الله تعالى أو فى حق غير الله فان كان فى حق غير الله كحق الآدمى والمال وهو مراد المصنف فالصحيح من المذهب أن تحملها فرض كفاية اذا قام بها من يكفى سقطت عن الباقين وان لم يقم بها أحد تعينت على من وجد لقوله تعالى﴿ ولا يأبى الشهداء اذا ما دعوا ﴾ لكن هل يأثم بالامتناع إذا وجد غيره ممن يقوم مقامه فيه وجهان احدهما يأثم لانه قد تعين بدعائه ولأنه منهى عن الامتناع بقوله ﴿ ولا يأبى الشهداء إذا ما دعوا ﴾ والثانى لايأثم لأن غيره يقوم مقامه فلم يتعين فى حقه كما لولم يدع اليها وأما إن كان فى حقوق الله تعالى فليس تحملها فرض كفاية على الصحيح من المذهب

[فوائد] يشترط فى وجوب التحمل والاداء أن يدعى اليها ويقدر عليها بلا ضرر يلحقه قاله فى الفروع وغيره ونص عليه لقوله تعالى ﴿ ولا يضار كاتب ولا شهيد ﴾ وقول النبى ﷺ « لاضرر ولا ضرار » ولا يلزمه أن يضر نفسه لنفع غيره فاذا كان ممن لا تقبل شهادته لم تجب عليه لأن مقصود الشهادة لا يحصل منه

(الثانية) يختص الاداء بمجلس الحكم ومن تحملها أو رأى فعلا أو سمع قولا بحق لزمه اداؤها على القريب والبعيد والنسيب وغيره

(الثالثة) لو أدى شاهد وأبى الشاهد الآخر وقال احلف أنت بدلى أثم اتفاقا قاله فى الترغيب وقدم فى الرعاية أنه لا يأثم ان قلنا فرض كفاية

الشهادة فعليه ان يقوم بها على القريب والبعيد لا يسعه التخلف عن إقامتها وهو قادر على ذلك . ولا يجوز لمن تعينت عليه أخذ الأجرة عليها ولا يجوز ذلك لمن لم تتعين عليه فى أصح الوجهين[١] ومن كانت عنده شهادة فى حد الله أبيح اقامتها ولم يستحب ، وللحاكم ان يعرض له بالوقوف عنها فى أحد الوجهين[٢] ومن كانت عنده شهادة لآدمى يعلمها لم يقمها حتى يسأله[٣] فان لم يعلمها استحب له إعلامه بها وله اقامتها قبل ذلك[٤]. ولا يجوز ان يشهد الا بما يعلمه برؤية أو سماع [٥]. والرؤية تختص بالأفعال كالقتل والغصب والسرقة وشرب

---

(١) قوله « ولا يجوز لمن الخ » هذا المذهب مطلقا لأنه لا يجوز أخذ العوض عن فرض العين وقال الشارح من له كفاية فليس له أخذ الجعل على الشهادة لأنه أداء فرض وذكر الشيخ تقى الدين رحمه الله يجوز الأخذ لحاجة تعينت عليه أولا واختاره

(٢) قوله « ومن كانت عنده شهادة الخ » هذا المذهب لأن أبا بكرة وأصحابه شهدوا على المغيرة وشهد الجارود وأبو هريرة على قدامة بن مظعون بشرب الخمر ولا يستحب أداؤها لقول رسول الله ﷺ من ستر عورة مسلم ستره الله فى الدنيا والآخرة

(٣) قوله « ومن كانت عنده شهادة الخ » هذا المذهب لما روى عن النبى ﷺ أنه قال « خير الناس قرنى ثم الذين يلونهم ثم يأتى قوم ينذرون ولا يوفون ويشهدون ولا يستشهدون ويخونون ولا يؤتمنون » رواه البخارى

(٤) قوله « وان كان لا يعلمها الخ » هذا المذهب لقوله ﷺ « ألا أنبئكم بخير الشهداء الذى يأتى بشهادته قبل أن يسألها » رواه أبو داود فتعين حمل الحديث على هذه الصورة جمعا بين الحديثين . وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى الطلب العرفى أو الحالى كاللفظى علمها أو لا قال فى الانصاف وهذا عين الصواب ويجب إعلامه اذا لم يعلم بها وهذا مما لا شك فيه . وقال الشيخ تقى الدين فى رده على الرافضى اذا أداها قبل طلبه قام بالواجب وكان أفضل كمن عنده أمانة أداها عند الحاجة وان المسئلة تشبه الخلاف فى الحكم قبل الطلب

(٥) قوله « ولا يجوز أن يشهد الخ » هذا بلا نزاع فى الجملة لقوله تعالى =

الخمر والرضاع والولادة وغيرها . والسماع على ضربين سماع من المشهود عليه نحو الاقرار والعقود والطلاق والعتاق[1] وسماع من جهة الاستفاضة فيما

=﴿إلا من شهد بالحق وهم يعلمون﴾ وقوله تعالى ﴿ولا تقف ما ليس لك به علم﴾ الاية وقد روى عن ابن عباس رضى الله عنهما قال «سئل رسول الله ﷺ عن الشهادة قال هل ترى الشمس قال نعم قال على مثلها فاشهد أودع» رواه الخلال. اذا ثبت هذا فان مدرك العلم الذى تقع به الشهادة اثنان السمع والبصر وما عداهما من مدارك العلم كالشم والذوق واللمس لا حاجة اليها فى الأغلب فى الشهادة لكن لو جهل رجلا حاضراً جاز له أن يشهد فى حضرته لمعرفة عينه على الصحيح من المذهب قال مهنا سألت أحمد عن رجل يشهد لرجل بحق له على آخر وهو لا يعرف اسم هذا ولا اسم هذا الا أن يشهد له فقال اذا قال أشهد ان لهذا على هذا كذا وكذا وهما شاهدان جميعا فلا بأس واذا كان غائبا فلا يشهد حتى يعرف اسمه . والمرأة كالرجل فى أنه ان عرف اسمها ونسبها جاز أن يشهد عليها مع غيبتها وان لم يعرفها لم يشهد عليها الا فى حال حضورها قال احمد رحمه الله تعالى فى رواية الجماعة لا يشهد الا لمن يعرف وعلى من يعرف ولا يشهد الا على امرأة قد عرفها فأما ان لم يعرفها فلا يجوز أن يشهد مع غيبتها ويجوز أن يشهد على عينها اذا عرف عينها ونظر الى وجهها قال أحمد رحمه الله تعالى ولا يشهد على امرأة حتى ينظر الى وجهها وهذا محمول على الشهادة على من لم يتيقن معرفتها فأما من يتيقن معرفتها ويعرف صوتها يقينا فيجوز أن يشهد عليها اذا تيقن صوتها وهذا الصحيح

[فائدة] اذا لم يعرف المشهود عليه فعرفه عنده من يعرفه فقد روى عن أحمد أنه قال لا يشهد على شهادة غيره الا بمعرفته لها وقال القاضى يجوز أن يحمل هذا على الاستحباب لتجويز الشهادة بالاستفاضة

(١) قوله «سماع من المشهود عليه الخ» أى فيحتاج أن يسمع كلام المتعاقدين يقينا ولا يعتبر رؤية المتعاقدين اذا عرفهما وتيقن أنه كلامهما وبهذا قال ابن عباس رضى الله عنهما والزهرى وربيعة والليث وشريح وعطاء وابن أبى ليلى ومالك وذهب أبو حنيفة والشافعى الى أن الشهادة لا تجوز حتى يشاهد القائل المشهود عليه لأن الأصوات تشتبه فلا يجوز أن يشهد عليها من غير رؤية كالخط . ولنا أنه عرف المشهود عليه يقينا فجازت شهادته عليه كما لو رآه . وجواز اشتباه الأصوات كجواز اشتباه الصور

يتعذر علمه فى الغالب الا بذلك كالنسب والموت والملك والنكاح والخلع والوقف ومصرفه والعتق والولاء والولاية والعزل وما أشبه ذلك(١) . ولا تقبل الاستفاضة الا من عدد يقع العلم بخبرهم فى ظاهر كلام احمد والخرقى(٢) وقال القاضى تسمع من عدلين فصاعدا(٣) وان سمع إنساناً يقر بنسب أب أو ابن فصدقه المقر له جاز ان يشهد به وان كذبه لم يشهد وان سكت جاز ان يشهد ويحتمل ان لا يشهد حتى يتكرر وان رأى شيئا فى يد إنسان يتصرف فيه تصرف الملاك من النقض والبناء والاجارة والاعارة ونحوها جاز ان يشهد بالملك له(٤) ويحتمل ان لا يشهد الا باليد والتصرف(٥)

---

(١) قوله « وسماع من جهة الاستفاضة الخ » المذهب أن يشهد بالاستفاضة فى ذلك كله فأما النسب فبالاجماع قال ابن المنذر لا أعلم أحداً من أهل العلم منع منه واختلف أهل العلم فيما تجوز الشهادة عليه بالاستفاضة غير النسب والولادة فقال الأصحاب هو تسعة أشياء وهو ما ذكره المصنف هنا وبه قال أبو سعيد الاصطخرى وبعض أصحاب الشافعى وقال بعضهم لايجوز فى الوقف والولاء والعتق والزوجية لأن الشهادة ممكنة فيه بالقطع لأنه شهادة بعقد فأشبه سائر العقود وقال أبو حنيفة لا تقبل الا فى النكاح والموت ولا تقبل فى الملك المطلق لأنها شهادة بمال فأشبه الدين وقال صاحباه تقبل فى الولاء مثل عكرمة مولى ابن عباس . ولنا ان هذه تتعذر الشهادة عليها فى الغالب بمشاهدتها ومشاهدة أسبابها فجازت الشهادة عليها بالاستفاضة كالنسب ، قال مالك : ليس عندنا من يشهد على احباس رسول الله ﷺ إلا بالسماع

(٢) قوله « ولا تقبل الاستفاضة الخ » هذا المذهب لأنه هو الذى يقتضيه لفظ الاستفاضة فانها مأخوذة من فيض الماء لكثرته

(٣) قوله « وقال القاضى الخ » وهذا قول المتأخرين من أصحاب الشافعى لأن الحقوق تثبت بقول اثنين ، وقيل تقبل أيضا ممن تسكن النفس اليه ولو كان واحدا ، واختاره الجد وحفيده

(٤) قوله وان رأى شيئا فى يد الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب وهو قول أبى حنيفة والاصطخرى من أصحاب الشافعى لأن اليد دليل الملك واستمرارها من غير منازع يقويها

(٥) قوله « ويحتمل أن لا يشهد » وهو قول بعض أصحاب الشافعى لأن اليد =

فصل

ومن شهد بالنكاح فلا بد من ذكر شروطه وانه تزوجها بولى مرشد وشاهدى عدل ورضاها[١] وان شهد بالرضاع فلا بد من ذكر عدد الرضعات وانه شرب من ثديها أو من لبن حلب منه[٢] وان شهد بالقتل احتاج ان يقول ضربه بالسيف أو جرحه فقتله أو مات من ذلك وان قال جرحه فمات لم يحكم به[٣] وان شهد بالزنا فلا بد أن يذكر بمن زنا وأين زنا وكيف زنا وانه رأى ذكره فى فرجها[٤] ومن أصحابنا من قال لا يحتاج الى ذكر المزنى بها ولا

= ليست منحصرة فى الملك فانه قد يكون بإجارة وإعارة وغصب ووكالة قال فى الانصاف وهو الصواب خصوصا فى هذه الأزمنة ومع القول بجواز الاجارة مدة طويلة

[تنبيه] ظاهر قوله يتصرف تصرف الملاك سواء رأى ذلك مدة طويلة أو قصيرة وهو ظاهر ما ذكره ابن هبيرة عن أحمد وقاله الأصحاب فى كتب الخلاف واقتصر على المدة الطويلة القاضي وابن عقيل والمصنف والمجد وابن حمدان وصاحب الوجيز وغيرهم ، وقال فى الفروع ويتوجه احتمال يعتبر حضور المدعى وقت تصرفه وأن لا يكون قرابته ولا يخاف من سلطان ان عارضه وفاقا لمالك انتهى

(١) قوله « ومن شهد بالنكاح الخ » وهذا المذهب وعليه الأصحاب لئلا يعتقد الشاهد صحته وهو فاسد

(٢) قوله « وان شهد بالرضاع الخ » هذا المذهب أى لأن الناس يختلفون فى الرضعات وفى الرضاع المحرم فان شهد انه ابنها من الرضاع لم يكف لاختلاف الناس فيما يصير به ابنها ولا بد من ذكر أن ذلك فى الحولين

(٣) قوله « وان شهد بالقتل الخ » أى لجواز أن يكون مات بغير هذا وقد روى عن شريح أنه شهد عنده رجل فقال اتكأ عليه بمرفقه فمات فقال له شريح فمات منه أو فقتله فأعاد القول الأول وأعاد عليه شريح سؤاله فلم يقل فقتله ولا مات منه فقال له شريح قم فلا شهادة لك رواه سعيد

(٤) قوله « وان شهد بالزنا الخ » هذا المذهب لأن اسم الزنا يطلق على ما لا يوجب الحد وقد يعتقد الشاهد ما ليس بزنا زنا فاعتبر ذكر صفته ليزول الاحتمال واعتبر ذكر المرأة لئلا تكون ممن يحل له أو له فى وطئها شبهة وذكر المكان لئلا تكون الشهادة منهم على فعلين

ذكر المكان ومن شهد بالسرقة فلا بد من ذكر المسروق منه والنصاب والحرز وصفة السرقة وان شهد بالقذف ذكر المقذوف وصفة القذف وان شهدا أن هذا العبد ابن أمة فلان لم يحكم له به حتى يقولا ولدته فى ملكه(١) وان شهدا انه اشتراها من فلان أو وقفها عليه أو أعتقها لم يحكم له بها حتى يقولا وهى فى ملكه . وان شهدا ان هذا الغزل من قطنه أو الطير من بيضته والدقيق من حنطته حكم له بها . وإذا مات رجل فادعى آخر انه وارثه فشهد له شاهدان انه وارثه لا يعلمان له وارثا سواه سلم المال اليه سواء كانا من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا(٢) وان قالا لا نعلم له وارثا غيره فى هذا البلد احتمل ان يسلم الماء اليه(٣) واحتمل ان لا يسلم اليه حتى يستكشف القاضى عن خبره فى البلدان التى سافر اليها(٤). وتجوز شهادة

---

(١) قوله « وان شهدا أن هذا العبد الخ » هذا المذهب لجواز أن تكون ولدته قبل تملكها فاما ان قالت البينة ولدته فى ملكه حكم له بالولد وقيل يكفى بأن أمته ولدته وتقدم ذلك فى باب اللقيط

(٢) قوله « وان مات رجل الخ » هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة ومالك لأن هذا مما لا يمكن علمه فكفى فيه الظاهر . قال المصنف والشارح ويحتمل أن لا يقبل الا أن يكون من أهل الخبرة الباطنة لأن عدم علمهم بوارث آخر ليس بدليل على عدمه بخلاف أهل الخبرة الباطنة فان الظاهر أنه لو كان وارث آخر لم يخف عليهم وهذا قول الشافعى وصححه الناظم

(٣) قوله « وان قالا لا نعلم له وارثاً غيره الخ » الاحتمال الأول المذهب وبه قال أبو حنيفة كما لو قالا لا نعلم له وارثا

(٤) قوله « واحتمل أن لا يسلم الخ » وهذا قول مالك والشافعى وأبى يوسف ومحمد قال الشارح وهو أولى لأنهما قد يعلمان أنه لا وارث له فى ملك الأرض ويعلمان له وارثا فى غيرها فلم تقبل شهادتهما

[فائدة] إذا مات رجل فشهد رجل ان هذا الغلام ابن فلان الميت لا نعلم له وارثاً سواه وشهد آخران لآخر ان هذا الغلام ابن هذا الميت لا نعلم له وارثاً سواه فلا تعارض بينهما ويثبت نسب الغلامين منه ويكون الارث بينهما لانه يجوز أن تعلم كل بينة ما لم تعلمه الأخرى

المستخفى[١] ومن سمع رجلا يقر بحق[٢] او يشهد شاهدا بحق أو سمع الحاكم يحكم أو يشهد على حكمه وانفاذه فى احدى الروايتين ولا يجوز فى الأخرى حتى يشهده على ذلك

فصل

وان شهد أحدهما انه غصبه ثوبا أحمر وشهد آخر انه غصبه ثوبا أبيض او شهد احدهما انه غصبه اليوم وشهد آخر انه غصبه أمس لم تكمل البينة[٣]

---

(١) قوله « وتجوز شهادة المستخفى » هذا المذهب والمستخفى هو الذى يخفى نفسه عن المشهود عليه ليسمع اقراره ولا يعلم به مثل من يجحد الحق علانية ويقر به سراً فيختبىء شاهدان فى موضع لا يعلم بهما ليسمعا اقراره به ثم يشهدا به فشهادتهما مقبولة على الرواية الصحيحة وبهذا قال عمرو بن حريث وقال كذلك يفعل بالخائن والفاجر وروى مثله ذلك عن شريح وهو قول الشافعى ، وعن أحمد رواية أخرى لاتسمع شهادتهما وروى ذلك عن شريح والشعبى واختاره أبو بكر وابن أبى موسى لقوله تعالى ﴿ ولا تجسسوا ﴾ وقال مالك ان كان المشهود عليه ضعيفاً ينخدع لم يقبلا عليه وان لم يكن كذلك قبلت . ولنا أنهما شهدا بما سمعاه يقيناً فقبلت شهادتهما كما لو علم بها

(٢) قوله « أو من يقر بحق » وهذا المذهب نص عليه وبه قال الشعبى والشافعى وعن أحمد لا يشهد حتى يقول له المقر اشهد على والصحيح الأول لأن الشاهد يشهد بما علمه وقد حصل له العلم بسماعه

[فائدة] لو حضر شاهدان حسابا بين رجلين وشرطا عليهما أن لا يحفظا عليهما شيئا كان للشاهدين أن يشهدا بما سمعاه منهما ولم يسقط ذلك بشرطهما وكذلك يشهدان على العقود بحضورهما وعلى الجنايات بمشاهدتهما ولا يحتاجان الى اشهاد وبه قال ابن سيرين ومالك والثورى والشافعى

(٣) قوله « فصل واذا شهد أحدهما الخ » متى كانت الشهادة على فعل فاختلفت الشهادة على فعله أو مكانه أو زمنه أو صفة له تدل على تغاير الفعلين لم تكمل شهادتهما وهذا المذهب فى ذلك لأن ذلك فعل لم يشهد به شاهدان وقال ابو بكر تكمل البينة واختاره القاضى وأبو الخطاب وغيرهما وقيل بل يحلف مع كل شاهد ويأخذ ما شهد به من مال

وكذلك كل شهادة على الفعل اذا اختلفا فى الوقت لم تكمل البينة[1] وان شهد أحدهما انه أقر له بألف أمس وشهد آخر أنه أقر له بألف اليوم[2] أو شهد

---

(١) قوله « وكذلك كل شهادة على الفعل الخ » وكذلك لو اختلفا فى المكان أو الصفة بما يدل على تغاير الفعلين وهذا المذهب وعليه جماهير الاصحاب لأن أحد الفعلين غير الآخر لأن الفعل الواقع فى يوم غير الفعل الواقع فى يوم آخر . وقال أبو بكر تكمل البينة ولو فى قود وقطع وذكره القاضى أيضا فى القطع

[فوائد] لو اختلفا فى صفة الفعل فشهد أحدهما أنه سرق مع الزوال كيسا أبيض وشهد آخر أنه سرق مع الزوال كيسا أسود أو شهد أحدهما أنه سرق هذا الكيس غدوة وشهد آخر أنه سرقه عشية لم تكمل الشهادة على الصحيح من المذهب وقدمه فى المغنى والشرح وصححاه وجزم به فى الفروع وقال أبو بكر تكمل

(الثانية) لو شهد بكل فعل شاهدان واختلفا فى المكان أو الزمان أو الصفة ثبتا جميعا ان ادعاهما والا ثبت ما ادعاه الا أن يكون الفعل مما لا يمكن تكراره كقتل رجل بعينه تعارضتا جزم به فى المغنى والشرح لعلمنا أن احداهما كاذبة ولا نعلم أيتهما هى بخلاف ما يتكرر لأن كل واحد منهما قد شهدت به بينة عادلة لو انفردت اثبتت الحق وشهادة الاخرى لا تعارضها لامكان الجمع بينهما

(الثالثة) لو شهد شاهدان أنه سرق مع الزوال كيسا أبيض وشهد شاهدان آخران أنه سرق مع الزوال كيسا أسود أو شهد أنه سرق هذا الكيس غدوة وشهد آخران أنه سرقه عشية تعارضتا قاله القاضى وغيره وهو مذهب الشافعى وقال المصنف والصحيح ان هذا لا تعارض فيه لامكان صدقهما بأن يسرق عند الزوال كيسين أبيض واسود وتشهد كل بينة بأحدهما ويمكن أن يسرق كيسا غدوة ثم يعود الى صاحبه أو غيره فيسرقه عشيا ومع امكان الجمع لا تعارض فعلى هذا ان ادعاهما المشهود له ثبتا فى الصورة الاولى وأما فى الثانية فيثبت له الكيس المشهود به حسب فان المشهود به وان كان فعلين لكنهما فى محل واحد فلم يجب أكثر من ضمانه وان لم يدع الا أحد الكيسين ثبت له ولم يثبت له الآخر لعدم دعواه

(٢) قوله « وان شهد أحدهما أنه أقر له بألف الخ » هذا المذهب لأن الالف التى شهد بها أحدهما هى الالف التى شهد بها الآخر

أحدهما انه باعه داره أمس وشهد آخر أنه باعه إياها اليوم كملت البينة وثبت البيع والاقرار(١) وكذلك كل شهادة على القول(٢) الا النكاح إذا شهد أحدهما انه تزوجها أمس وشهد الآخر انه تزوجها اليوم لم تكمل البينة(٣) وكذلك القذف(٤)

---

(١) قوله «أو شهد أحدهما أنه باعه الخ» هذا المذهب وكذا لو شهد أحدهما أنه طلقها أمس وشهد آخر انه طلقها اليوم. وقال الشافعي لاتكمل لان كل واحد من البيع والطلاق لم يشهد به الا واحد أشبه ما لو شهدا بالغصب فى وقتين ووجه الاول ان المشهود به شيء واحد يجوز أن يعاد مرة بعد أخرى ويكون واحدا فاختلافهما فى الوقت ليس باختلاف فيه فلم يؤثر كما لو شهد أحدهما بالعربية والآخر بالفارسية

(٢) قوله «وكذلك الخ» هذا المذهب

(٣) قوله «إلا النكاح الخ» وهذا المذهب قال الشارح لم تكمل الشهادة فى قولهم جميعا لأن النكاح أمس غير النكاح اليوم فلم يشهد بكل واحد من العقدين الا شاهد واحد فلم يثبت كالفعل

(٤) قوله «وكذلك القذف» فاذا شهد أحدهما أنه قذفه غدوة والآخر عشية أو شهد أحدهما أنه قذفه بالعربية والآخر بالفارسية لم يثبت القذف على الصحيح من المذهب لأن القذف فى مكان غير القذف فى المكان الآخر

[فائدتان] لو كانت الشهادة على الاقرار بفعل أو غيره ولو نكاحا جمعت قاله المصنف والشارح وغيرهم وذلك مثل ان يشهد أحدهما انه أقر عندي يوم الخميس بدمشق انه قتله أو قذفه او غصبه كذا او ان له فى ذمته كذا ويشهد الآخر انه أقر عندي بهذا يوم السبت بحمص كملت شهادتهم وبه قال ابو حنيفة والشافعي وقال أبو بكر لا تكمل شهادتهما لأن كل اقرار لم يشهد به إلا واحد. ولنا ان المقر به واحد وقد شهد به اثنان

(الثانية) لو شهد واحد بالفعل وآخر على اقراره كملت الشهادة على الصحيح من المذهب نص عليه اختاره ابو بكر والمصنف فى المغنى لأنه يجوز أن يكون الغصب الذى أقر به هو الذى شهد به الشاهد فلم يختلف الفعل وقال القاضى لاتكمل الشهادة ولا يحكم بها وهو قول الشافعي لانه يجوز أن يكون ما اقر به غير ما شهد به الآخر

وقال ابو بكر يثبت القذف وان شهد شاهد انه أقر له بألف وشهد آخر انه أقر له بألفين ثبت ألف ويحلف على الآخر مع شاهده ان أحب[1] وان شهد أحدهما ان له عليه ألفا من قرض وشهد آخر ان له عليه ألفا من ثمن مبيع لم تكمل البينة[2] وان شهد شاهدان ان له عليه ألفا وقال أحدهما قضاه بعضه بطلت شهادته نص عليه[3] وان شهدا انه أقرضه ألفا ثم قال أحدهما قضاه نصفه صحت شهادتهما[4] واذا كانت له بينة بألف فقال أريد ان تشهدا لى بخمس

---

(١) قوله « ان احب » اذا شهد أحد الشاهدين بشىء وشهد الآخر ببعضه صحت الشهادة وثبت ما اتفقا عليه وحكم به وهو المذهب وهو قول شريح ومالك والشافعى وابن أبى ليلى وابى يوسف ومحمد والنخعى وأبى عبيد وحكى عن الشعبى انه شهد عنده رجلان شهد أحدهما انه طلقها تطليقة وشهد آخر انه طلقها تطليقتين فقال قد اختلفتما قوما وحكى عن أبى حنيفة انه إذا شهد شاهد انه أقر بألف وشهد آخر انه أقر بألفين لم تكمل الشهادة . ولنا ان الشهادة قد كملت فيما اتفقا عليه فحكم به فأما ما انفرد به أحدهما فان للمدعى ان يحلف معه ويستحق وهذا المذهب وهو قول من يرى الحكم بشاهد ويمين

قوله « وان شهد أحدهما أن له عليه ألفا الخ » أحدهما تكمل البينة فى الألف وهو المذهب كالتى قبلها والثانى لا تكمل فيحلف مع كل شاهد لأنه يحتمل أن يكون الألف المنفردة من غير الألفين

(٢) قوله « وان شهد أحدهما أن له عليه الفا من قرض الخ » أما اذا اختلفت الاسباب والصفات مثل ماذكره المصنف أو مثل أن يشهد أحدهما بألف دينار والآخر بألف درهم وكان له أن يحلف مع كل واحد منهما ويستحقهما

(٣) قوله « وان شهد شاهدان الخ » هذا المذهب لأنه شهد ان الالف جميعه عليه فاذا قضاه بعضه لم يكن الالف كله عليه فيكون كلامه متناقضا فتفسد شهادته وفارق هذا ما لو شهد بألف ثم قال بخمسمائة لأن ذلك رجوع عن الشهادة بخمسمائة واقرار بغلط نفسه

(٤) قوله « وان شهدا الخ » هذا المذهب نص عليه قال الشارح وجها واحدا لأنه لا تناقض فى كلامه ولا اختلاف

مائة لم يجز(١) وعند أبي الخطاب يجوز(٢)

[فوائد] لو شهد عند الشاهد عدلان أو عدل انه اقتضاه ذلك الحق أو قد باع ما اشتراه لم يشهد له نقله ابن الحكم وسأله ابن هانئ لو قضاه نصفه ثم جحده بقيته أله أن يدعيه أو بقيته قال يدعيه كله وتقوم البينة فتشهد على حقه كله ثم يقول للحاكم قضاني نصفه

(الثانية) لو شهدا على رجل أنه طلق من نسائه أو أعتق من امائه أو أبطل من وصاياه واحدة بعينها وقالا نسينا عينها لم تقبل هذه الشهادة على الصحيح من المذهب وقيل تقبل وجزم به في المبهج في صورة الوصية وفيها قال في الترغيب قال أصحابنا يقرع بين الوصيتين فمن خرجت قرعتها فهي الصحيحة

(الثالثة) هل يشهد عقداً فاسداً مختلفا فيه ويشهد به قال في الفروع يتوجه دخولها فيمن أتى فرعا مختلفا فيه وقال القاضي في التعليق يشهد وقال المصنف في المغني لو رهن الرهن بحق ثان كان رهنا بالاول فقط فان شهد بذلك شاهدان فاعتقدا فساده لم يكن لهما وان اعتقدا صحته جاز أن يشهد بكيفية الحال فقط ومنعه أحمد في رواية الجماعة اذا علمه في تخصيص بعض ولده أو تفضيله وذكره الحارثي فيه عن الاصحاب وقال في الفروع ويتوجه يكره ما ظن فساده ويتوجه وجه يحرم

(الرابعة) لو شهد واحد بعقد نكاح أو قتل خطأ وآخر على اقراره لم تكمل ولمدعي القتل أن يحلف مع أحدهما ويأخذ الدية

(الخامسة) متى جمعنا البينة مع اختلاف زمن في قتل أو طلاق فالعدة والارث تلي آخر المدتين

(١) قوله « واذا كانت له بينة بألف الخ » هذا المذهب بلا ريب ونص عليه إذا كان الحاكم لم يول الحكم بأكثر منها لقوله تعالى ﴿ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة﴾ على وجهها ولأنه لو ساغ ذلك لساغ للقاضي أن يقضي ببعض ما علم

(٢) قوله « وعند أبي الخطاب الخ » أي لأن مالك الشيء مالك لبعضه فمن شهد بألف فقد شهد بخمسمائة

[فائدة] إذا شهد اثنان في محفل على واحد منهم أنه طلق أو أعتق قبل ، وكذا لو شهدا على خطيب انه قال أو فعل على المنبر في الخطبة شيئا لم يشهد به غيرها مع المشاركة في سمع وبصر ذكره في المغني وغيره

باب شروط من تقبل شهادته ـ وهي ستة

أحدها البلوغ : فلا تقبل شهادة الصبيان وعنه تقبل ممن هو فى حال أهل العدالة وعنه لا تقبل الا فى الجراح اذا شهدوا قبل الافتراق عن الحال التى تجارحوا عليها(١)، الثانى العقل فلا تقبل شهادة معتوه ولا مجنون الا من يخنق فى

---

(١) قوله « أحدها البلوغ الخ » اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله تعالى فى ذلك فالمشهور عنه انه لا تقبل شهادة الصبي ما لم يبلغ وهذا المذهب وعليه جماهير الاصحاب قال الزركشى وهو المشهور من الروايات والمختار للأصحاب متقدمهم ومتأخرهم وبه قال ابن عباس رضى الله عنهما رواه سعيد بإسناد جيد والقاسم وسالم وعطاء ومكحول وابن أبى ليلى والأوزاعى والثورى والشافعى واسحاق وأبوعبيد وأبو ثور وأبو حنيفة وأصحابه . وعنه تقبل ممن هو فى حال أهل العدالة فتصح من مميز . ونقل ابن هانىء إذا كان ابن عشر واستثنى ابن حامد على هاتين الروايتين الحدود والقصاص . وعنه لاتقبل الا فى الجراح اذا شهدوا قبل الافتراق عن الحال التى تجارحوا عليهـــا فان تفرقوا لم تقبل وهو قول مالك لأن الظاهر صدقهم وضبطهم ولا تقبل بعد الافتراق لاحتمال أن يلقنوا قال ابن الزبير رضى الله عنهما ان أخذوا عند مصاب ذلك فبالحرى أن يقبلوا ويحفظوا . وعن الزهرى أن شهادتهم جائزة ويحلف ويستحلف أولياء المشجوج وذكره عن مروان وروى عن على رضى الله عنه أن شهادة بعضهم تقبل على بعض وروى ذلك عن شريح والحسن والنخعى قال ابراهيم كانوا يجيزون شهادة بعضهم على بعض فيما كان بينهم قال المغيرة وكان اصحابنا لايجيزون شهادتهم على رجل ولا على عبد وروى الامام بإسناده عن مسروق قال كنا عند على رضى الله عنه فجاء خمسة غلمة فقالوا انا كنا ستة نتغاط فغرق منا غلام فشهد الثلاثة على الاثنين انهما غرقاه وشهد الاثنان على الثلاثة أنهم غرقوه فجعل على الاثنين ثلاثة أخماس الدية وجعل على الثلاثة خمسيها وقضى بنحو هذا مسروق ، ووجه الأول قوله تعالى ﴿ واستشهدوا شاهدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ﴾ وقال تعالى ﴿ واشهدوا ذوى عدل منكم ﴾ وقال ﴿ ممن ترضون من الشهداء ﴾ والصبي ممن لا يرضى وقال ﴿ ومن يكتمها فانه آثم قلبه ﴾ والصبي لا يأثم فدل انه ليس بشاهد ولأن الصبي لا يخاف من مأثم الكذب فلا تحصل الثقة بقوله ولأن من لا تقبل شهادته فى المال لا تقبل فى الجراح

الاحيان إذا شهد فى افاقته[١] ، الثالث الـكلام فلا تقبل شهادة الاخرس[٢] ويحتمل ان تقبل فيما طريقه الرؤية اذا فهمت اشارته ، الرابع الاسلام[٣] فلا تقبل شهادة كافر الا اهل الـكتاب فى الوصية فى السفر اذا لم يوجـد غيرهم وحضر الموصى الموت فتقبل شهادتهم ويحلفهم الحاكم بعد العصر : لا نشترى

---

(١) قوله « الا من يخنق فى الأحيان الخ » هذا المذهب لأنهـا شهادة من عاقل أشبه من لم يخنق

(٢) قوله « فلا تقبل شهادة الأخرس » هذا المذهب بلا ريب نص عليه قيل له وان كتبها قال لا أدرى وهو قول أصحاب الرأى . وقال مالك والشافعى وابن المنذر تقبل اذا فهمت اشارته لقيامها مقام نطقه فى احكامه من طلاقه ونـكاحه وغير ذلك فـكذلك فى شهادته واستدل ابن المنذر بإشارته ﷺ للنـاس وهو فى الصلاة بالجلوس فجلسوا قال فى الانصاف ويحتمل أن تقبل فيما طريقه الرؤية اذا فهمت اشارته واختاره بعضهم قلت وهو قوى جداً وقد أومأ اليه أحمد . انتهى . ووجه الأول أنها شهادة بالإشارة فلم تجز كاشارة الناطق لأن الشهادة يعتبر فيهـا اليقين ولذلك لا يكتفى بإيماء الناطق ولا يحصل اليقين بالإشارة

(٣) قوله « الرابع الاسلام » وجملته ان شهادة أهل الـكتاب لا تقبل فى شىء على مسلم ولا كافر إلا فى الوصية فى السفر بشرطه وهو ما ذكره المصنف هنا وهذا المذهب روى ذلك عن أحمد نحو من عشرين نفسا حتى قال المصنف وصاحب الروضة والشيخ تقى الدين أنه نص القرآن وهو من مفردات المذهب وممن قال لا تقبل شهادتهم الحسن وابن أبى ليلى والأوزاعى ومالك وأبو ثور وعنه تقبل شهادة بعضهم على بعض نقلها حنبل وخطأه الخلال فى نقله واختار هذه الرواية الشيخ تقى الدين وابن رزين وصاحب عيون المسائل ونصروه . وذهبت طائفة من أهل العلم الى أن شهادة بعضهم على بعض تقبل ثم اختلفوا فنهم من قال الـكفر كله ملة واحدة فتقبل شهادة اليهودى على النصرانى وعكسه وهذا قول حماد وسوار والثورى وأبى حنيفة وأصحابه . وعن قتادة والحكم وأبى عبيد واسحاق تقبل شهادة كل ملة بعضها على بعض ولا تقبل شهادة يهودى على نصرانى ولا عكسه ويروى عن الشعبى والزهرى كقولنا وكقولهم واحتجوا بما روى عن جابر ان النبى ﷺ أجاز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض رواه ابن ماجه وكالمسلمين ولنا قوله تعالى =

به ثمنا ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله وانها لوصية الرجل ، فان عثر على انهما استحقا إثما قام آخران من أولياء الموصى لحلفا بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما ولقد خانا وكتما ويقضى لهم . وعنه ان شهادة بعض أهل الذمة تقبل على بعض والاول المذهب ، الخامس ان يكون ممن يحفظ فلا تقبل شهادة مغفل ولا معروف بكثرة الغلط والنسيان

فصل

السادس العدالة ، وهى استواء أحواله فى دينه واعتدال أقواله وأفعاله (١)

= ﴿ وأشهدوا ذوى عدل منكم واستشهدوا شهيدين من رجالكم ممن ترضون من الشهداء ﴾ والكافر ليس بذى عدل ولا هو من رجالنا ولا ممن نرضاه ، فأما شهادة أهل الكتاب بالوصية فتقبل على ما ذكره المصنف قال ابن المنذر وبهذا قال أكابر الماضين وممن قاله شريح والنخعى والأوزاعى ويحيى بن حمزة وقضى به عبد الله بن مسعود وأبو موسى . وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى لا تقبل لأن من لا تقبل شهادته على غير الوصية لا تقبل فى الوصية كالفاسق وأولوا الآية فمنهم من حملها على التحمل دون الاداء ومنهم من قال المراد من غيركم من غير عشيرتكم ولنا قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت ﴾ الآيات نزلت فى تميم الدارى وعدى بن بداء شهدا بوصية سهمى رواه البخارى من حديث عباس وقضى به أبو موسى الأشعرى وأخبر أنه كان فى عهد النبى ﷺ رواه أبو داود ورجاله ثقات قال ابن عمر آخر سورة نزلت المائدة رواه الترمذى قالت عائشة ما وجدتم فيها من حلال فأحلوه وما وجدتم فيها من حرام فحرموه رواه أحمد وقضى به ابن مسعود فى زمن عثمان رواه أبو عبيد وحمل الآية على انه أراد من غير عشيرتكم لا يصح لأن جماعة منهم ابن مسعود وابن عباس قالوا من غير ملتكم ودينكم ولأن الشاهدين من المسلمين لا قسامة عليهما ولا يصح حملها على التحمل لانه لا ايمان فيه وحملها على اليمين غير مقبول لقوله ولا نكتم شهادة الله

(١) قوله « وأفعاله » هذا المذهب بلا ريب لقوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ﴾ وقرىء بالمثلثة ولأن غير العدل لا يؤمن أن =

وقيل العدل من لم تظهر منه ريبة ، ويعتبر لها شيئان : الصلاح فى الدين وهو أداء الفرائض[١] واجتناب المحارم وهو أن لا يرتكب كبيرة ولا يدمن على صغيرة[٢] وقيل ان لا يظهر منه الا الخير . ولا تقبل شهادة فاسق سواء كان فسقه

= يتحامل على غيره فيشهد عليه بغير حق وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذى غمر على أخيه ولا تجوز شهادة القانع لأهل البيت والقانع الذى ينفق عليه أهل البيت رواه احمد وأبو داود واسناده جيد وفيه سليمان بن موسى الأشدق وزاد ابو داود وزان وزانية وروى نحوه جماعة من حديث عائشة رضى الله عنها منهم الترمذى وقال لا يصح عندنا من قبل اسناده

(١) قوله « وهو اداء الفرائض » يعنى ولو لم يصل سننها وهو الصحيح من المذهب وذكر القاضى وغيره اداء الفرائض بسننها الراتبة وقد أومأ أحمد رحمه الله الى ما ذكره القاضى والجماعة لقوله فيمن يواظب على ترك سنة الصلاة رجل سوء ونقل جماعة من ترك الوتر فليس بعدل وقاله الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى فى الجماعة على أنها سنة لأنه يسمى ناقص الايمان

(٢) قوله « واجتناب المحارم الخ » هذا المذهب لأن اعتبار اجتناب كل المحارم يؤدى إلى أن لا تقبل شهادة أحد لأنه لا يخلو من ذنب ما لقوله تعالى ﴿ الذين يجتنبون كبائر الإثم والفواحش إلا اللمم ﴾ فمدحهم لاجتناب ما ذكر وان كان قد وجد منهم صغيرة ولأن من لا يرتكب الكبيرة ويدمن الصغيرة لا يعد مجتنبا للمحارم وفى الكافى ان الاعتبار فى الصغائر بالاغلب لأن الحكم له لقوله تعالى ﴿ فمن ثقلت موازينه فأولئك هم المفلحون ﴾ وقيل ولا تكرر منه صغيرة وقيل ثلاثا وفى الخبر الذى رواه الترمذى لا صغيرة مع إصرار ولا كبيرة مع استغفار والكبيرة نص أحمد ان ما فيه حد فى الدنيا كالشرك بالله وقتل النفس الحرام أو وعيد فى الآخرة كأكل الربا وعند الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى ما فيه حد أو وعيد أو غضب أو لعنة أو نفى الايمان . وعنه فيمن أكل الربا إن أكثر لا يصلى خلفه وعنه ترد بكذبه وهو ظاهر المغنى واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى كشهادة الزور وكذب على النبى ﷺ ويجب الكذب إذا كان فيه تخليص مسلم من القتل ويباح لاصلاح وحرب وزوجة وقال ابن الجوزى وكل مقصود محمود =

من جهة الافعال أو الاعتقاد[١] ويتخرج على قبول شهادة أهل الذمة قبول شهادة الفاسق من جهة الاعتقاد المتدين به اذا لم يتدين بالشهادة لموافقه على مخالفه . واما من فعل شيئا من الفروع المختلف فيها فتزوج بغير ولى أو شرب من النبيذ مالا يسكره أو أخر الحج الواجب مع امكانه ونحوه متأولا فلا ترد شهادته[٢] وان فعله معتقدا تحريمه ردت شهادته[٣] ويحتمل ان لا ترد. الثانى

= لا يتوصل اليه الا به وهو التورية فى ظاهر نقل حنبل وقال أحمد لا تجوز شهادة قاطع الرحم ومن لم يؤد زكاة ماله وإذا أخرج فى طريق المسلمين الاسطوانة ولا يكون ابنه عدلا اذا ورث أباه حتى يرد ما أخذ من طريق المسلمين

(١) قوله « ولا تقبل شهادة فاسق الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب لقوله سبحانه ﴿ وأشهدوا ذوى عدل منكم ﴾ فأما من جهة الأفعال كالزنا والقتل ونحوهما فلا خلاف فى رد شهادته وأما من جهة الاعتقاد وهو اعتقاد البدعة ومن قلد فى خلق القرآن ونفى الرؤية ونحوهما فسق على الصحيح من المذهب وعنه يكفر كمجتهد وعنه فيه لا يكفر اختاره المصنف فى رسالته الى صاحب التلخيص لقول أحمد رحمه الله تعالى للمعتصم يا أمير المؤمنين ونقل يعقوب الدورقى فيمن يقول القرآن مخلوق كنت لا أكفره حتى قرأت ﴿ أنزله بعلمه ﴾ وغيرها فمن زعم انه لا يدرى علم الله مخلوق أو لا كفر

(٢) قوله « وأما من فعل شيئا من الفروع الخ » هذا المذهب نص عليه لأن الاختلاف فى الفروع رحمة للعباد والتأويل فيها سائغ جائز بدليل اختلاف الصحابة رضى الله عنهم ومن بعدهم ولم يعب بعضهم على بعض ولم يفسقه وقال فى الارشاد تقبل شهادته الا أن يجيز ربا الفضل أو يرى الماء من الماء لتحريمهما الآن وذكرهما الشيخ تقى الدين رحمه الله مما ينقض فيه حكم الحاكم لمخالفته النص وعنه ان أخر الحج مع امكان قدرته عليه فسق وحملها القاضى على اعتقاد تحريم التأخير فأما ان اعتقد الجواز فلا صححه فى الرعاية وكذا حملها فى الشرح ثم قال وقيل ترد ثم استدل بقول عمر رضى الله عنه ما هم بمسلمين

(٣) قوله « وان فعله معتقداً تحريمه ردت » هذا المذهب نص عليه لأنه فعل شيئا يعتقد تحريمه أشبه فعل المحرم اجماعا

استعمال المروءة وهو فعل ما يجمله ويزينه وترك ما يدنسه ويشينه(١) فلا تقبل شهادة المصافع(٢) والمتمسخر والمغنى والرقاص(٣)

---

(١) قوله « الثانى استعمال المروءة الخ » أى لأن من فقدها فقد اتصف بالدناءة والسقاطة فلا تحصل الثقة بقوله

(٢) قوله « فلا تقبل شهادة المصافع » قال الجوهرى الصفع كلمة مولدة فالمصافع إذاً من يصفع غيره ويمكن غيره من قفاه فيصفعه

(٣) قوله « والمتمسخر والمغنى الخ » الملاهى على ثلاثة أضرب محرم وهو ضرب الأوتار والنايات والمزامير كلها والعود والطنبور والمعزفة والرباب ونحوها فمن أدام استعمالها ردت شهادته لأنه يروى عن على رضى الله عنه عن النبى ﷺ قال إذا ظهرت فى أمتى خمس عشرة خصلة حل بهم البلاء ذكر منها إظهار المعازف والملاهى قال سعيد حدثنا فرج بن فضالة عن على بن زيد عن القاسم عن أبى امامة رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « ان الله بعثنى رحمة للعالمين وأمرنى بمحق المعازف والمزامير لا يحل بيعهن ولا شراؤهن ولا تعليمهن ولا التجارة فيهن وثمنهن حرام » يعنى الضاربات وروى نافع قال سمع ابن عمر رضى الله عنهما مزمارا فوضع إصبعيه على أذنيه ونأى عن الطريق وقال لى يا نافع هل تسمع شيئاً قال فقلت لا قال فرفع أصبعيه من أذنيه وقال كنت مع النبى ﷺ فسمع مثل هذا فصنع مثل هذا رواه الخلال فى جامعه من طريقين ورواه أبو داود فى سننه وقال حديث منكر وقد احتج قوم بهذا الخبر على اباحة المزمار وقالوا لو كان حراما لمنع النبى ﷺ ابن عمر من سماعه ومنع ابن عمر نافعاً من استماعه ولأنكر على الزامر بها قلنا أما الأول فلا يصح لأن المحرم استماعها دون سماعها ولهذا فرق العلماء فى سجود التلاوة بين السامع والمستمع ولم يوجبوا على من سمع محرما سد أذنيه قال الله تعالى ﴿ وإذا سمعوا اللغو أعرضوا عنه ﴾ ولم يقل سدوا آذانهم والمستمع هو الذى يقصد السماع ولم يوجد من ابن عمر رضى الله عنهما ولأن بالنبى ﷺ حاجة إلى معرفة انقطاع الصوت عنه وأما الانكار فلعله كان فى أول الهجرة حين لم يكن الانكار واجبا أو قبل امكان الانكار لكثرة الكفار وقلة المسلمين وأما تضعيف أبى داود للخبر فقد رواه الخلال من طريقين فلعل أبا داود ضعفه لأنه لم يقع له إلا من احدى الطريقين وقد رواه أيضا أحمد وابن ماجه . الضرب الثانى مباح وهو

الدف فان النبي ﷺ قال « اعلنوا النكاح واضربوا » أخرجه مسلم وذكر أصحابنا وأصحاب الشافعي انه مكروه في غير النكاح لأنه يروى عن عمر رضي الله عنه انه انه كان إذا سمع صوت الدف بعث فنظر فان كان في وليمة سكت وان كان في غيرها عمد بالدرة . ولنا ما روى عن النبي ﷺ ان امرأة جاءته فقالت اني نذرت ان رجعت من سفرك سالما ان أضرب على رأسك بالدف فقال النبي ﷺ أوفي بنذرك رواه ابو داود ولو كان مكروها لم يأمرها به وروت الربيع بنت معوذ قالت دخل على رسول الله ﷺ صبيحة بنى بي فجعلت جويرياب يضربن بدف لهن ويندبن من قتل من آبائهن يوم بدر إلى أن قالت إحداهن وفينا نبي يعلم ما في غد فقال دعي هذا وقولي الذي كنت تقولين متفق عليه . فأما الضرب به للرجال فهو مكروه على كل حال وهذا مذهب الشافعي . واختلف أصحابنا في الغناء فذهب الخلال وصاحبه ابو بكر عبد العزيز الى اباحته قال ابو بكر الغناء والنوح معنى واحد مباح ما لم يكن معه منكر ولا طعن وكان الخلال يحمل الكراهة من أحمد على الأفعال المذمومة لا على القول بعينه وممن ذهب الى اباحته من غير كراهة ابراهيم بن سعد وكثير من أهل المدينة والعنبري لما روى عن عائشة رضي الله عنها قالت : كان عندي جاريتان يغنيان فدخل ابو بكر رضي الله عنه فقال مزمور الشيطان في بيت رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ « دعهما فانها أيام عيد » متفق عليه وروى عن عمر رضي الله عنه انه قال الغناء زاد الراكب . واختار القاضي انه مكروه غير محرم وقال في الفروع ويكره غناء وهو قول الشافعي وقال هو من اللهو المكروه وقال احمد رحمه الله تعالى الغناء ينبت النفاق في القلب لا يعجبني وذهب آخرون من أصحابنا الى تحريمه قال في الترغيب اختاره الأكثر واختاره المصنف قال احمد رحمه الله تعالى فيمن مات وخلف ولداً يتيما وجارية مغنية فاحتاج الصبي الى بيعها تباع ساذجة قيل له انها تساوي مغنية ثلاثين الفا وتساوي ساذجة عشرين ديناراً فقال لا تباع الا على انها ساذجة واحتجوا على تحريمه بما روى عن ابن الحنيفة في قوله تعالى ﴿ واجتنبوا قول الزور ﴾ قال الغناء وقال ابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم في قوله تعالى ﴿ ومن الناس من يشتري لهو الحديث ﴾ قالا هو الغناء وعن أبي امامة رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن شراء المغنيات وبيعهن والتجارة فيهن وأكل أثمانهن حرام أخرجه الترمذي وقال لا نعرفه إلا

= من حديث على بن يزيد وقد تكلم أهل العلم فيه وروى ابن مسعود رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال « الغناء ينبت النفاق فى القلب » قال الشارح والصحيح انه من قول ابن مسعود وفى المستوعب والترغيب وغيرهما يحرم مع آلة لهو بلا خلاف بيننا . وعلى كل حال من اتخذ الغناء صناعة يؤتى اليه ويأتى له أو اتخذ غلاما او جارية مغنيين يجتمع عليهما الناس فلا شهادة له لأن هذا عند من لم يحرمه سفه ودناءة ومن حرمه فهو مع سفهه عاص مصر متظاهر بفسقه وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى . فأما الحداء وهو الانشاد الذى تساق به الابل فمباح لا بأس به فى فعله واستماعه . والشعر كالكلام حسنه كحسنه وقبيحه كقبيحه وسأله ابن منصور ما يكره منه قال الهجاء والرقيق الذى يشبب بالنساء واختار جماعة قول أبى عبيد أن يغلب الشعر قال فى الفروع وهو أظهر ولو أفرط شاعر بالمدحة باعطائه وعكسه بعكسه أوشبب بمدح خمر أو بمرد وفيه احتمال أو بامرأة مغنية محرمة فسق لا إن شبب بامرأته أو أمته ذكره القاضى واختار فى الفصول والترغيب ترد كديوث . وسأله ابن منصور عن الحديث لأن يمتلىء جوف أحدكم قيحا خير له من أن يمتلىء شعراً فتلكأ فذكر له قول النضر لم تمتلىء أجوافنا لأن فيها القرآن وغيره وهكذا كان فى الجاهلية فأما اليوم فلا فقال ما أحسن ما قال

(١) قوله « واللاعب بالشطرنج » هذا المذهب وهو محرم أيضا وهو المذهب وعليه الأصحاب وممن ذهب إلى تحريمه على بن أبى طالب رضى الله عنه قال : هو ميسر العجم وأبو موسى وأبو سعيد وابن عمر رضى الله عنهم وقال : هو شر من النرد وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم وعروة ومحمد بن على بن الحسين ومطر الوراق ومالك وأبو حنيفة . وذهب الشافعى إلى اباحته وحكى أصحابه ذلك عن أبى هريرة وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير واحتجوا بأن الأصل الاباحة ولم يرد بتحريمه نص ولا هو فى معنى المنصوص عليه فيبقى على الاباحة ولأن فيه تدبير الحرب فأشبه اللعب بالحراب ولنا قوله تعالى ﴿ إنما الخمر والميسر ﴾ الآية قال على رضى الله عنه الشطرنج من الميسر ومر رضى الله عنه على قوم يلعبون بالشطرنج فقال ﴿ما هذه التماثيل التى أنتم لها عاكفون﴾ رواه البيهقى وقال هو الأشبه بمذهب الشافعى قال أحمد رحمه الله تعالى أصح مافى الشطرنج قول على رضى الله عنه وقال =

والنرد[١] والحمام[٢] والذى يتغدى فى السوق ويمد رجليه فى مجمع الناس ويحدث بمباضعة أهله أو أمته ويدخل الحمام بغير مئزر ونحو ذلك فأما الشين فى الصناعة كالحجـــام والحائك والنخال والنفاط والقمام والزبال والمشعوذ والدباغ والحارس والقراد والكباش فهل تقبل شهادتهم اذا حسنت طرائقهم ؟ على روايتين[٣]

فصل

ومتى زالت الموانع منهم فبلغ الصبي وعقل المجنون وأسلم الكافر أو

مالك قال الله تعالى ﴿ فماذا بعد الحق الا الضلال ﴾ وهذا ليس من الحق فيكون من الضلال فاما ان كان بعوض أو ترك واجب أو فعل محرم فهو محرم إجماعا

(١) قوله « والنرد » وهو محرم وهو قول أبى حنيفة وأكثر أصحاب الشافعى وقال بعضهم مكروه غير محرم . ولنا ما روى بريدة رضى الله عنه مرفوعا قال من لعب بالنردشير فكانما صبغ يده فى لحم خنزير ودمه رواه مسلم وروى أبو موسى رضى الله عنه مرفوعا قال من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله رواه مالك وأحمد وغيرهما قال أحمد النرد أشد من الشطرنج والنرد اسم أعجمى معرب وشير بمعنى حلو

[فائدة] ذكر ابن عقيل أن حكم اللعب بالأربعة عشر والصـدر ـ وهو حفر يجعل فى الأرض ـ والكعاب حكم النرد وعن أبى موسى رضى الله عنه مرفوعا من لعب بالكعاب فقد عصى الله ورسوله رواه أحمد ولأنه من الميسر

(٢) قوله « والحمام » أى اللاعب بها فان قصد المراهنة وأخذ حمام غيره حرم وان كان عبثا ولهوا فهو دناءة وسفه لأن النبى ﷺ رأى رجلا يتبع حمامة فقال شيطان يتبع شيطانة فاما ان قصد بتعليمها حمل الكتب بما تدعو الحاجة اليه أو استفراخها أو للأنس بأصواتها جاز

(٣) قوله « وأما الشين فى الصناعة الخ » احداهما تقبل إذا حسنت طريقتهم وهو المذهب لأن بالناس حاجة اليهم فرد شهادتهم منع من تعاطيه فيؤدى إلى ضرر عظيم ولأن بعض ذلك تولاه كثير من الصـالحين وأهل المروآت . زاد فى المحرر والوجيز لاتقبل شهادة مستور الحال منهم وان قبلناه من غيرهم

تاب الفاسق قبلت شهادتهم بمجرد ذلك ولا يعتبر اصلاح العمل ، وعنه يعتبر فى التائب اصلاح العمل سنة ولا تقبل شهادة القاذف حتى يتوب وتوبته ان يكذب نفسه وقيل ان علم صدق نفسه فتوبته ان يقول قد ندمت على ما قلت ولا أعود الى مثله وانا تائب الى الله منه

فصل

ولا يعتبر فى الشهادة الحرية ، بل تجوز شهادة العبد فى كل شيء الا فى الحدود والقصاص على احدى الروايتين[1] وتقبل شهادة الأمة فيما تجوز فيه

[فائدة] لا تقبل شهادة الطفيلى وبه قال الشافعى لا نعلم فيه خلافا

(١) قوله « ولا يعتبر فى الشهادة الحرية بل تجوز شهادة العبد فى كل شيء الخ » الكلام فى هذه المسئلة فى ثلاثة فصول أحدها فى قبول شهادة العبد فيما عدا الحدود والقصاص والصحيح من المذهب أنها مقبولة نص عليه وعليه الأصحاب وبه قال عروة وشريح وإياس وابن سيرين والبتى وأبو ثور وداود وابن المنذر . وقال مجاهد والحسن وعطاء ومالك والأوزاعى والثورى وأبو حنيفة والشافعى وأبو عبيد لا تقبل شهادته . ونقل أبو الخطاب رواية يشترط فى الشهادة الحرية ذكره الخلال فى أن الحر لا يقتل بالعبد ووجه هذا القول أن العبد لا مروءة له ولأنها مبنية على الكمال لا تتبعض فلم يدخل فيها العبد كالميراث وقال الشعبى والنخعى والحكم يقبل فى اليسير . ولنا عموم آيات الشهادة وهو داخل فيها فانه من رجالنا وهو عدل تقبل روايته وفتياه وأخباره الدينية . وروى عن عقبة بن الحارث قال تزوجت أم يحى بنت أبى إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال كيف وقد زعمت ذلك متفق عليه وفى رواية أبى داود فقلت يا رسول الله انها لكاذبة قال وما يدريك وقد قالت ما قالت دعها عنك . ولانه عدل غير متهم فتقبل شهادته كالحر وقولهم ليس بذى مروءة ممنوع بل هو كالحر ينقسم إلى من له مروءة ومن لا مروءة له وقد يكون منهم العلماء والأمراء والصالحون والأتقياء . الفصل الثانى فى حكم شهادته فى الحدود والقصاص والصحيح من المذهب أنها تقبل فيهما أيضا نص عليه واختاره ابن حامد وأبو الخطاب فى الانتصار وابن عقيل والقاضى يعقوب وغيرهم وجزم به فى الوجيز وغيره واختاره =

شهادة النساء[١] وتجوز شهادة الاصم على ما يراه على المسموعات التى كانت قبل صممه[٢] وتجوز شهادة الأعمى فى المسموعات اذا تيقن الصوت وبالاستفاضة[٣]

=فى القواعد الأصولية وقدمه فى المحرر والنظم والرعايتين والفروع وغيرهم لما تقدم وعنه لا تقبل فيهما قال فى الفروع وهى أشهر قال ابن هبيرة هذا المشهور من مذهب أحمد قال المصنف والشارح هذا ظاهر المذهب وقطع به القاضى فى التعليق وتابعه جماعة لما فيها من الخلاف وذلك شبهة والحدود والقصاص تدرأ بالشبهات

[فائدتان] حيث تعينت عليه حرم على سيده منعه

(الثانية) لو عتق بمجلس الحكم فشهد حرم رده قال فى الانتصار والمفردات فلو رده الحاكم مع ثبوت عدالته فسق

(١) ان شهادة الأمة تقبل فيما تقبل فيه شهادة النساء قياساً عليهن فان النساء لا تقبل شهادتهن فى الحدود والقصاص وانما تقبل فى المال أو شبهه والأمة كالحرة فيما عداهما وقد دل عليه حديث عقبة بن الحارث وحكم المكاتب والمدبر وأم الولد والمعتق بعضه حكم القن ، وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه لا تجوز شهادة المكاتب وبه قال عطاء والشعبى والنخعى

(٢) قوله « وتجوز شهادة الأصم الخ » أما شهادته على المرئيات فهو فيها كالذى يسمع فتقبل شهادته فيها وتجوز فى المسموعات التى كانت قبل صممه

(٣) قوله « وتجوز شهادة الأعمى الخ » هذا بلا نزاع وروى هذا عن على وابن عباس رضى الله عنهم وبه قال ابن سيرين وعطاء والشعبى والزهرى ومالك وابن أبى ليلى واسحاق وابن المنذر . وقال أبو حنيفة والشافعى لا تقبل شهادته روى ذلك عن النخعى وأبى هاشم واختلف فيه عن الحسن واياس وابن أبى ليلى . وأجاز الشافعى شهادته بالاستفاضة والترجمة وإذا أقر عند أذنه ويد الأعمى على رأسه ثم ضبطه فشهد عند الحاكم عليه ولم يجزها فى غير ذلك لأن من لا تجوز شهادته على الأفعال لا تجوز على الأقوال كالصبى ولان الأصوات تشتبه فلا يحصل اليقين . ولنا قوله تعالى ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ﴾ ولأنه رجل عدل مقبول الرواية فقبلت شهادته كالبصير وفارق الصبى فانه ليس برجل ولا عدل

وتجوز في المرئيات التي تحملها قبل العمى اذا عرف الفاعل باسمه ونسبه وما يتميز به[١] فان لم يعرفه الا بعينه فقال القاضي تقبل شهادته أيضا[٢] ويصفه لحاكم بما يتميز به ويحتمل ان لا تجوز لان هذا مما لا ينضبط غالبا وان شهد عند الحاكم ثم عمى قبلت شهادته وجها واحدا . وشهادة ولد الزنا جائزة في الزنا وغيره[٣] وتقبل شهادة الانسان على فعل نفسه كالمرضعة على الرضاع والقاسم على القسمة والحاكم على حكمه بعد العزل[٤] وتقبل شهادة البدوى على القروى

---

(١) قوله « وتجوز فى المرئيات الخ » هذا بلا نزاع وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة لا تجوز شهادته أصلا لأنه لا يجوز أن يكون حاكما ولنا ما تقدم

(٢) قوله « فان لم يعرفه إلا بعينه الخ » ما قاله القاضي هو المذهب نص عليه لعموم الأدلة ويحتمل أن لا يجوز لأن هذا مما لا ينضبط غالباً

[فائدة] قال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى : وكذا الحكم ان تعذر معرفة العين المشهود لها أو عليها أو بها لموت أو غيبة

(٣) قوله « وشهادة ولد الزنا الخ » هذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والحسن والشعبي والزهري والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأبو حنيفة وأصحابه . وقال مالك والليث لا تجوز شهادته في الزنا وحده لأنه متهم فان العادة فيمن فعل قبيحاً انه يحب أن يكون له نظير . ولنا عموم الآيات وأنه عدل مقبول الشهادة في غير الزنا فيقبل في الزنا كغيره ولأن من قبلت شهادته في القتل قبلت شهادته في الزنا . قال ابن المنذر وما احتجوا به غلط من وجوه فذكرها

(٤) قوله « وتقبل شهادة الانسان الخ » أما المرضع فالصحيح من المذهب أن شهادتها تقبل على رضاع نفسها مطلقا وعليه جماهير الأصحاب لحديث عقبة بن الحارث قال تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال كيف وقد زعمت ذلك متفق عليه وفي رواية أبي داود فقلت يا رسول الله انها كاذبة فقال وما يدريك وقد قالت ما قالت دعها عنك وقال بعض الأصحاب لا تقبل ان كان بأجرة والا قبلت وأما القاسم فالصحيح من المذهب قبول شهادته على قسم نفسه مطلقا لأنه يشهد لغيره فصح كما لو شهد على فعل غيره . وقال القاضي وأصحابه لا تقبل وقال صاحب التبصرة والترغيب لا تقبل =

والقروى على البدوى[1]، وعنه فى شهادة البدوى على القروى اخشى ان لا تقبل فيحتمل وجهين

باب موانع الشهادة

ويمنع قبول الشهادة خمسة أشياء (أحدها) قرابة الولادة فلا تقبل شهادة والد لولده وان سفل ولا ولد لوالده وان علا فى أصح الروايات[2]. وعنه

= من غير متبرع للتهمة وهو ظاهر كلامه فى الهداية وغيرها وقال فى المغنى وتقبل شهادة القاسم بالقسمة إذا كان متبرعا ولا تقبل إذا كان بأجرة، وأما شهادة الحاكم على حكم نفسه بعد عزله فمقبولة وتقدم فى آخر أدب القاضى إذا أخبر بعد عزله أنه حكم بكذا

(١) قوله «وتقبل شهادة البدوى الخ» أما شهادة القروى على البدوى فتقبل بلا نزاع. وأما شهادة البدوى على القروى فالمذهب قبولها وهو قول ابن سيرين وأبى حنيفة والشافعى وابى ثور، وعنه فى شهادة البدوى على القروى أخشى أن لا تقبل وهو قول القاضى فى الجامع والشريف وأبى الخطاب فى خلافهما والشيرازى وجزم به فى المنور وغيره قال فى الفروع وهو المنصوص وهو مذهب أبى عبيد وقال مالك كقول أصحابنا فيما عدا الجراح وكقول الباقين فى الجراح احتياطا للدماء، واحتج من رد شهادته بما روى أبو داود عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى ﷺ انه قال «لا تجوز شهادة بدوى على صاحب قرية» قال أبو عبيد ولا أرى شهادتهم ردت إلا لما فيهم من الجفاء لحقوق الله تعالى. ووجه الأول أن من قبلت شهادته على أهل البدو قبلت شهادته على غيرهم ويحمل الحديث على من لم تعرف عدالته من أهل البدو

(٢) قوله «أحدها قرابة الولادة فلا تقبل الخ» وسواء فى ذلك الآباء والامهات وهذا المذهب وعليه الاصحاب ونقله الجماعة عن احمد قال المصنف والشارح هذا ظاهر المذهب قال الزركشى لا شك ان هذا المذهب وبه قال شريح والحسن والشعبى والنخعى ومالك والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأى قال الترمذى هذا قول أكثر أهل العلم لما روى الزهرى عن عروة عن عائشة رضى الله عنها أن النبى ﷺ قال «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذى غمر على =

تقبل فيما لا يجر به نفعا غالبا[١] نحو ان يشهد أحدهما لصاحبه بعقد نكاح او قذف . وعنه تقبل شهادة الولد لوالده [٢] ولا تقبل شهادة الوالد لولده [٣] وتقبل شهادة بعضهم على بعض في أصح الروايتين [٤] ولا تقبل شهادة احد

أخيه ولا ظنين فى قرابة ولا ولاء » وفى اسناده يزيد بن زياد وهو ضعيف قال الترمذى لايصح عندنا من قبل اسناده ورواه الخلال بنحوه من حديث عمر وأبى هريرة والظنين المتهم وكل منهما متهم فى حق صاحبه لأنه يميل اليه بطبعه وسواء اتفق دينهما أو اختلف

[تنبيه] قال القاضى وأصحابه والمصنف والشارح وصاحب الترغيب وغيرهم وتقبل شهادته لوالده وولده من زنا أو رضاع وفى المبهج والواضح رواية لا تقبل نقله حنبل

(١) قوله « وعنه تقبل فيما لا يجر به نفعاً الخ » أى لأن كل واحد منهما لا ينتفع بما يحصل للآخر فتنتفى التهمة عنه فى شهادته قال فى المغنى والقاضى وأصحابه والفروع وغيرهم وعنه تقبل فيما لم يجر نفعا كشهادته له بمال وكل منهما غنى قال فى المغنى والشرح كالنكاح والطلاق والقصاص والمال إذا كان مستغنى عنه

(٢) قوله « وعنه تقبل شهادة الولد لوالده » أى للعموم

(٣) قوله « ولا تقبل الخ » أى لأن مال ابنه كماله للخبر فكانت شهادته لنفسه وعنه تقبل شهادتهما مطلقا وروى ذلك عن شريح وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو ثور والمزنى وداود واسحاق وابن المنذر لأنهما عدلان من رجالنا فيدخلان فى عموم الآيات والأخبار

(٤) قوله « وتقبل شهادة بعضهم الخ » وهذا المذهب وهو قول عامة أهل العلم قال المصنف ولم أجد عن أحمد فى الجامع عنه اختلافا قال الزركشى هذا المذهب بلا ريب وذلك لقوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين ﴾ فأمر بالشهادة عليهم ولو لم تقبل لما أمر بها ، ولأنها انما ردت للتهمة فى إيصال النفع ولا تهمة فى شهادته عليه

[فوائد] قال ابن نصر الله فى حواشيه على الفروع لو شهد عند حاكم من لا تقبل شهادة الحاكم له فهل له الحكم بشهادته كشهادة ولد الحاكم عنده لأجنبى أو والده أو زوجته فيما تقبل فيه شهادة النساء يتوجه عدم قبوله لأن قبوله تزكية له وهى شهادة

الزوجين لصاحبه فى احدى الروايتين(١) ولا تقبل شهادة السيد لعبده(٢) ولا العبـــــــــــــد لسيده(٣) وتقبل شهـادة الأخ

(الثانية) قال ابن نصر الله فى الحواشي أيضا لو شهد على الحاكم بحكمه من شهد عنده بالمحكوم فيه فهل تقبل شهادته ؟ الأظهر لا تقبل لأنه يشهد عليه أنه قبل شهادته وحكم فيما ثبت عنده بشهادته بكذا فيكون قد شهد لنفسه بأن الحاكم قبله وقال أيضاً تزكية الشاهد رفيقه فى الشهادة لا تقبل لافضائه إلى انحصار الشهادة فى أحدهما

(الثالثة) لو شهد ابنان على أبيهما بقذف ضرة أمهما وهى تحته أو طلاقها فقطع الشارح بقبوله فيهما وقطع الناظم بقبولها فى الثانية وفى المغنى فى الثانية وجهان

(١) قوله « ولا تقبل شهادة أحد الزوجين الخ » وهى المذهب نقلها الجماعة عن احمد وعليه جماهير الأصحاب وبه قال الشعبي والنخعي ومالك واسحاق وأبو حنيفة والثانية تجوز قال بعض الأصحاب والقبول ليس بمنصوص ولا اختاره أحد من الأصحاب وقال بالجواز شريح والحسن والشافعي وأبو ثور لأنه عقد على منفعة فلم يمنع قبول الشهادة كالاجارة وقال الثورى وابن أبي ليلى تقبل شهادة الرجل لامرأته لأنه لا تهمة فى حقه ولا تقبل شهادتها له لان يساره وزيادة حقها من النفقة تحصل بشهادتها له بالمال فهى متهمة . ولنا أن كل واحد من الزوجين يرث الآخر من غير حجب ويتبسط فى ماله عادة فلم تقبل شهادته كالابن مع أبيه ولان يسار الرجل يزيد نفقة امرأته ويسار المرأة يزيد فى بضعها المملوك لزوجها

(٢) قوله « ولا تقبل شهادة السيد لعبده » بلا نزاع ولا نعلم فيه خلافا لان مال العبد لسيده

(٣) قوله « ولا العبد لسيده » بلا نزاع لانه يتبسط فى ماله وينتفع به قال فى القواعد الاصولية لا تقبل شهادة العبد لسيده وهو المذهب عند الاصحاب قال وفى المنع نظر وبالغ ابن عقيل فقال لا تقبل شهادته لمكاتب سيده قال ويحتمل على قياس ما ذكرناه ان شهادته لا تصح لزوج مولاته انتهى فعلى المذهب لو اعتق عبدين فادعى رجل أن المعتق غصبهما منه فشهد العتيقان بصدق المدعى وان المعتق غصبهما لم تقبل شهادتهما لعودهما إلى الرق ذكره القاضى وغيره وكذا لو شهدا بعد عتقهما ان معتقهما غير بالغ حال العتق أو بجرحا الشاهدين بحريتهما ولو عتقا=

لاخيه[1] وسائر الاقارب والصديق لصديقه[2] والمولى لعتيقه

= بتدبير أو وصية فشهدا بدين مستوعب للتركة أو وصية مؤثرة فى الرق لم تقبل لاقرارهما بعد الحرية برقهما لغير السيد ولا يجوز . قلت فيعايا بذلك كله

(١) قوله « وتقبل شهادة الأخ لأخيه » قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن شهادة الاخ لاخيه جائزة وروى ذلك عن ابن الزبير رضى الله عنهما وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز والشعبى والنخعى والثورى ومالك والشافعى وأبو عبيد واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى . وحكى ابن المنذر عن الثورى أنه لا تقبل شهادة كل ذى رحم محرم . وعن مالك انه لا تقبل شهادته لأخيه إذا كان منقطعاً اليه فى صلته وبره لأنه متهم فى حقه . ولنا عموم الآيات ولأنه عدل غير متهم فتقبل شهادته وشهادة العم وابن الخال وابنه وسائر الأقارب أولى بالجواز فان شهادة الأخ إذا أجيزت مع قربه كان تنبيها على قبول شهادة من هو أبعد منه بطريق الأولى

(٢) قوله « والصديق لصديقه » هذا المذهب وعليه الأصحاب وهو قول عامة أهل العلم إلا مالكا قال لا تقبل شهادة الصديق الملاطف لأنه يجر الى نفسه نفعاً بها فهو متهم فلم تقبل . وقال ابن عقيل ترد شهادة الصديق بصداقة وكيدة والعاشق لمعشوقه لأن العشق يطيش ولنا عموم أدلة الشهادة وما قاله مالك يبطل بشهادة الغريم للمدين قبل الحجر عليه وان كان ربما قضاه دينه منه فيجر إلى نفسه نفعاً أعظم مما يرجى ههنا من الصديقين

[فائدة] قال فى الترغيب ومن موانع الشهادة الحرص على أدائها قبل استشهاد من يعلم بها قبل الدعوى أو بعدها فترد وهل يصير مجروحا بذلك يحتمل وجهين . قال ومن موانعها العصبية فلا شهادة لمن عرف بها وبالافراط فى الحمية كتعصب قبيلة على قبيلة وان لم تبلغ رتبة العداوة انتهى . واقتصر عليه فى الفروع وقال فى الرعايتين والحاوى ومن حرص على شهادة لم يعلمها وأداها قبل سؤاله ردت إلا فى طلاق وعتق ونحوهما من شهادة الحسبة قال فى الانصاف والصواب عدم قبولها مع العصبية خصوصاً فى هذه الأزمنة

فصل

(الثانى) ان يجر الى نفسه نفعا[١] لشهادته كشهادة السيد لمكاتبه والوارث لموروثه بالجرح قبل الاندمال[٢] والوصى للميت[٣] والوكيل لموكله بما هو وكيل فيه[٤] والشريك لشريكه[٥] والغرماء للمفلس بالمال وأحد الشفيعين بعفو الآخر عن شفعته

فصل

(الثالث) ان يدفع عن نفسه ضررا كشهادة العاقلة بجرح شهود قتل

---

(١) قوله « الثانى أن يجر إلى نفسه نفعاً » هذا المذهب قاله الامام أحمد والأصحاب

(٢) قوله « والوارث الخ » أى لأنه قد يسرى فتجب الدية له

(٣) قوله « والوصى للميت » لأنه يثبت له فيه حق التصرف فهو متهم فيها ولا تقبل شهادته للموصى عليهم إذا كانوا فى حجره وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الشعبى والثورى ومالك والشافعى والأوزاعى وأبو حنيفة وأجاز شريح وأبو ثور شهادته لهم إذا كان الخصم غيره لأنه أجنبى منهم فقبلت شهادته لهم . ولنا أنه شهد بشىء هو خصم فيه فانه الذى يطالب بحقوقهم ولأنه يأكل من مالهم عند الحاجة فيكون متهما . وقوله فى حجره احتراز مما لو شهد لهم بعد زوال ولايته عنهم فانها تقبل فاما شهادته عليهم فمقبولة لا نعلم فيه خلافا

(٤) قوله « والوكيل الخ » وكذا الوصى لموليه على الصحيح من المذهب ولو بعد العزل وقيل ترد ان كان خاصم فيه وإلا فلا

(٥) قوله « والشريك لشريكه » أى بما هو شريك فيه ولا نعلم فيه خلافا . فاما ان شهد الشريك لشريكه فى غير ما هو شريك فيه أو الوكيل لموكله فى غير ما هو وكيل فيه أو العدو لعدوه أو الوارث لمورثه بمال ولو فى مرض الموت أو بالجرح بعد الاندمال أو شهد أحد الشفيعين بعد أن أسقط شفعته على الآخر أو أحد الوصيين على الآخر بعد سقوط وصيته على الآخر بما يسقط وصيته أو نحو ذلك مما لا تهمة فيه قبلت

الخطأ والغرماء بجرح شهود الدين على المفلس والسيد بجرح من شهد على مكاتبه أو عبده بدين والوصى بجرح الشاهد على الايتام والشريك بجرح الشاهد على شريكه وسائر من لا تقبل شهادته لانسان اذا شهد بجرح الشاهد عليه

فصل

(الرابع) العداوة كشهادة المقذوف على قاذفه والمقطوع عليه الطريق على قاطعه والزوج بالزنا على امرأته[1]

---

(١) قوله « الرابع العداوة الخ » شهادة العدو لا تقبل على عدوه فى قول أكثر أهل العلم منهم ربيعة والثورى واسحاق ومالك والشافعى . والمراد بالعداوة هٰهنا العداوة الدنيوية مثل شهادة المقذوف على قاذفه والمقطوع عليه الطريق على قاطعه بلا نزاع فلو شهدوا أن هؤلاء قطعوا الطريق علينا أو على القافلة لم تقبل ولو شهدوا أن هؤلاء قطعوا الطريق على هؤلاء قبلوا . وليس للحاكم أن يسأل هل قطعوها عليكم معهم لأنه لا يبحث عما يشهد به الشهود . ولو شهدوا أنهم عرضوا لنا وقطعوا الطريق على غيرنا فقال فى الفصول تقبل قال وعندى لا تقبل . فاما العداوة فى الدين كالمسلم يشهد على الكافر والمحق من أهل السنة يشهد على المبتدع فلا ترد شهادته لأن العداوة فى الدين والدين يمنع من ارتكاب محظور فى دينه وقال أبو حنيفة لا تمنع العداوة الشهادة لأنها لا تخل بالعدالة ولا تمنع الشهادة كالصداقة لا تمنع الشهادة له . ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال « لاتجوز شهادة خائن على خائنة ولازان ولا زانية ولاذى غمر على أخيه » رواه أبو داود . والغمر الحقد

[فوائد] يعتبر فى عدم قبول الشهادة بالعداوة كونها لغير الله تعالى سواء كانت موروثة أو مكتسبة وقال فى الترغيب تكون ظاهرة بحيث يعلم أن كلا منهما يسر بمساءة الآخر ويغتم بفرحه ويطلب له الشر قال فى الرعاية أو حاسد

(الثانية) تقبل شهادة العدو لعدوه على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وعنه لا تقبل

(الثالثة) لو شهد بحق مشترك بين من ترد شهادته له وبين من لا ترد شهادته له لم يقبل على الصحيح من المذهب نص عليه لأنها لاتتبعض فى نفسها .وقيل يصح لمن لا ترد شهادته له

فصل

(الخامس) ان يشهد الفاسق بشهادة فترد ثم يتوب فيعيدها فانها لا تقبل للتهمة(١) ولو لم يشهد بها عند الحاكم حتى صار عدلا قبلت(٢) ولو شهد كافر او صبي او عبد فردت شهادتهم ثم أعادوها بعد زوال الكفر والرق والصبي قبلت(٣) وان شهد لمكاتبه أو لموروثه بجرح قبل برئه فردت ثم أعادها بعد

(الرابعة) لو شهد عنده ثم حدث مانع لم يمنع الحكم إلا كفر أو فسق أو تهمة فتمنع الحكم الا عداوة ابتدأها المشهود عليه لقذفه البينة وكذا مقاولته وقت غضب ومحاكمة بدون عداوة ظاهرة مستأنفة قال فى الترغيب مالم يصل الى حد العداوة أو الفسق وحدوث مانع فى شاهد أصل كحدوثه فيمن أقام الشهادة وفى الترغيب ان كان بعد الحكم لم يؤثر وان حدث مانع بعد الحكم لم يستوف حد بل مال وفى قود وحد قذف وجهان وأطلقهما فى الفروع وغيرها والمغنى فى موضع وقطع فى آخر أنه لا يستوفى الحد والقصاص وصححه الناظم فى القصاص قال فى الانصاف وهو الصواب

(١) قوله «الخامس ان يشهد الفاسق الخ» هذا المذهب وعليه الأصحاب وبه قال الشافعي وأصحاب الرأى وذكر فى الرعاية رواية تقبل وبه قال أبو ثور والمزنى وداود قال ابن المنذر والنظر يدل على هذا لأنها شهادة عدل تقبل فى غير هذه الشهادة فقبلت فيها قياساً على غيرها وكما لو شهد وهو كافر فردت شهادته ثم شهد بعد إسلامه . ولنا أنه متهم فى ادائها لأنه يعير بردها فيلحقه غضاضة لكونها ردت بسبب نقص يتغير به وصلاح حاله بعد ذلك من فعله يزول به العار فلحقه التهمة فى أنه قصد إظهار العدالة واعادة الشهادة ليقبل

(٢) قوله «ولو لم يشهد بها حتى صار عدلا الخ» وذلك لأن التحمل لا يعتبر فيه العدالة ولا البلوغ ولا الاسلام لأنه لا تهمة فى ذلك وانما يعتبر ذلك فى الاداء فاذا رأى الفاسق شيئا أو سمعه ثم عدل وشهد به قبلت شهادته بغير خلاف نعلمه، وهكذا الصبي والكافر إذا شهدا بعد الاسلام والبلوغ قبلت

(٣) قوله «ولو شهد وهو كافر الخ» هذا الصحيح من المذهب لأنها لم ترد أولا بالاجتهاد وانما ردت باليقين ولأن البلوغ والحرية ليسا من فعل الشاهد فيتهم=

عتق المكاتب وبرء الجرح فى ردها وجهان[1] وان شهد الشفيع بعفو شريكه فى الشفعة عنها فردت ثم عفا الشاهد عن شفعته وأعاد تلك الشهادة لم تقبل ذكره القاضى ويحتمل ان تقبل [2]

باب أقسام المشهود به

والمشهود به ينقسم خمسة أقسام (أحدها) الزنا وما يوجب حده فلا تقبل فيه الا شهادة أربعة رجال أحرار[3]. وهل يثبت الاقرار بالزنا بشاهدين أو

= فى أنه فعلها لتقبل شهادته والكافر لا يرى كفره عاراً ولا يترك دينه من أجل شهادة ردت وحكى عن النخعى والزهرى وقتادة وأبى الزناد ومالك انها ترد أيضاً فى حق من أسلم وبلغ . وعن أحمد رواية لا تقبل أبداً لأنها شهادة مردودة فلم تقبل كالفاسق

[فائدة] مثل ذلك فى الحكم خلافا ومذهبا لو رده لجنونه ثم عقل أو لخرسه ثم نطق

(١) قوله « وان شهد لمكاتبه الخ » أحدهما تقبل وهو المذهب صححه المصنف والشارح وغيرهما لأن زوال المانع ليس من فعلهم فأشبه زوال الصبا والبلوغ ، والثانى لا تقبل لأن ردها باجتهاده فلا ينقضها باجتهاده

[فائدة] لوردت لدفع ضرر أو جلب نفع أو عداوة أو رحم أو زوجية فزال المانع ثم أعادها لم تقبل على الصحيح من المذهب وقيل تقبل قال فى المغنى والقبول أشبه بالصحة

(٢) قوله « وان شهد الشفيع الخ » ما ذكره القاضى هو المذهب لأنه متهم فأشبه الفاسق

(٣) قوله « احدها الزنا الخ » أجمع المسلمون على أنه لا يقبل فى الزنا أقل من أربعة وأجمعوا على أنه يشترط أن يكونوا عدولا ظاهراً أو باطنا مسلماً كان المشهود عليه أو ذميا وجمهور العلماء على أنه يشترط أن يكونوا رجالا أحراراً فلا تقبل فيه شهادة النساء ولا العبيد وبه يقول مالك والشافعى وأصحاب الرأى وشذ أبو ثور فقال تقبل شهادة العبيد وحكاه أبو الخطاب والشريف رواية فى المذهب وحكى عن حماد وعطاء أنهما قالا تجوز شهادة ثلاثة رجال وامرأتين وتقدم الخلاف فى ذلك فى باب حد الزنا

لا يثبت الا بأربعة؟ على روايتين[1] (الثانى) القصاص وسائر الحدود[2] فلا يقبل فيه إلا رجلان حران[3] (الثالث) ماليس بمال ولا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال فى غالب الأحوال غير الحدود والقصاص كالطلاق والنسب والولاء والوكالة فى غير المال والوصية اليه وما أشبه ذلك فلا يقبل فيه الا رجلان[4] وعنه فى النكاح والرجعة والعتق انه يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين[5]. وعنه

على قوله « وما يوجب حده » كاللواط وإتيان البهيمة إذا قلنا يجب الحد

(١) قوله « وهل يثبت الاقرار الخ » أحداهما لا يثبت إلا بأربعة وهو المذهب وعليه الأصحاب لأنه موجب لحد الزنا فأشبه فعله والثانية يثبت بشاهدين قياسا على سائر الأقارير وللشافعى قولان كالروايتين

[تنبيه] محل الخلاف اذا شهدوا بان اقراره به تكرر أربعا وهو واضح

[فائدة] قال فى الرعاية لو كان المقر به أعجمياً قبل فيه ترجمانان وقيل أربعة

(٢) قوله « الثانى القصاص الخ » الصحيح من المذهب انه يقبل فى القصاص وسائر الحدود رجلان وعليه الأصحاب وعنه لا يقبل فى القصاص إلا أربعة روى عن عطاء وحماد أنهما قالا يقبل فيه رجل وامرأتان

(٣) قوله « حران » مبنى على ما تقدم من أن شهادة العبد لا تقبل فى الحدود والقصاص وتقدم ان الصحيح من المذهب يقبل فيهما

(٤) قوله « الثالث ما ليس بمال الخ » الصحيح من المذهب أنه لا يقبل فيه إلا رجلان ولا تقبل فيه شهادة النساء بحال قال القاضى هـــذا المعول عليه فى المذهب لقوله تعالى ﴿ وأشهدوا ذوى عدل منكم ﴾ قاله فى الرجعة والباقى قياساً ولأنه ليس بمال ولا يقصد به المال أشبه العقوبات ولأن الشارع متشوف الى عدم الطلاق

(٥) قوله « وعنه فى النكاح والرجعة الخ » أى لأنه لا يسقط بالشبهة أشبه المال ولأن العبد مال وقال أبو الخطاب فى النكاح والعتاق أيضاً روايتان إحداهما لا يقبل فيه إلا شهادة رجلين وهو قول النخعى والزهرى ومالك وأهل المدينة والشافعى وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وربيعة فى الطلاق. والثانية يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين روى ذلك عن جابر بن زيد وإياس بن معاوية والشعبى =

فى العتق انه يقبل فيه شاهد ويمين المدعى[1]، وقال القاضى النكاح وحقوقه من الطلاق والخلع والرجعة لا يثبت الا بشاهدين رواية واحدة والوكالة والوصية والكتابة ونحوها تخرج على روايتين قال أحمد فى الرجل يوكل وكيلا ويشهد على نفسه رجلا وامرأتين ان كانت فى المطالبة بدين فاما غير ذلك فلا . (الرابع) المال وما يقصد به المال كالبيع والقرض والرهن والوصية له وجناية الخطأ فيقبل فيه شهادة رجل وامرأتين وشاهد ويمين المدعى[2] وهل

= والثورى واسحاق وأصحاب الرأى وروى ذلك فى النكاح عن عطاء واحتجوا بأنه لا يسقط بالشبهة أشبه المال . ولنا أنه ليس بمال ولا يقصد منه المال ويطلع عليه الرجال فلم يكن للنساء فى شهادته مدخل كالحدود والقصاص

(١) قوله « وعنه فى العتق الخ » وجزم به الخرقى وناظم المفردات واختاره ابو بكر وابن بكروس وهو من مفردات المذهب ، واختلف اختيار القاضى فتارة اختار الأول وتارة اختار الثانى ، قال القاضى فى التعليق يثبت العتق بشاهد ويمين فى أصح الروايتين قال وعلى قياسه الكتابة والولاء ونص عليه فى رواية مهنا واختار هذه الرواية الشيخ تقى الدين قال فى الفروع ولم اجد مستندها عن احمد لأن الشارع متشوف الى العتق وفى قبول شاهد ويمين المعتق توسعة فى ثبوت العتق قال القاضى والمعمول عليه فى جميع ما ذكرنا انه لا يثبت الا بشاهدين وهو قول الشافعى ، وقد روى الدارقطنى باسناده عن النبى ﷺ قال استشرت جبريل عليه السلام فى القضاء بالشاهد واليمين فأشار على فى الأموال لا تعد ذلك

[فائدتان] يقبل قول طبيب واحد وبيطار لعدم غيره فى داء دابة وموضحة ونحوه وهذا المذهب نص عليه وعليه الأصحاب ولا يقبل مع عدم التعذر الا اثنان على الصحيح من المذهب واطلق فى الروضة قبول الواحد

(الثانية) لو اختلف الأطباء أو البياطرة قدم قول المثبت

(٢) قوله « الرابع المال الخ » وكذا الخيار فى البيع واجله والإجارة والشركة والشفعة والحوالة والغصب والصلح والمهر وتسميته واتلاف المال وضمانه وفسخ عقد معاوضة ووقف على معين ودعوى رق مجهول النسب صادق ودعوى قتل كافر لاستحقاق سلبه وهبة قال فى الرعاية ووصية مال وقيل المعين فهذا واشباهه تقبل =

يقبل فى جناية العمد الموجبة للمال دون القصاص كالهاشمة والمنقلة شهادة

فيه شهادة رجل وامرأتين وشاهد ويمين المدعى على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الاصحاب لقوله تعالى ﴿يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين﴾ الآية نص على المداينة وقسنا عليه سائر ماذكر ولان المقصود منها المال اشبه الشهادة فنقيس المال ولا خلاف ان المال يثبت بشهادة النساء مع الرجال للنص وقيل يقبل فى ذلك كله امرأتان ويمين وهذا احتمال ذكره المصنف فى المقنع فى باب الدعاوى. وقال الشيخ تقى الدين لو قيل تقبل امرأة ويمين توجه لأنهما انما اقيما مقام رجل فى التحمل وكبر الديانة. ونقل ابو طالب فى مسئلة الأسير يقبل امرأة ويمينه اختاره ابو بكر وعنه فى الوصية يكفى واحد وعنه ان لم يحضره الا النساء فامرأة واحدة. وسأله ابن صدقة: الرجل يوصى ويعتق ولا يحضره الا النساء تجوز شهادتين قال نعم فى الحقوق انتهى. قال فى الإنصاف وهذا ليس ببعيد

[فائدة] أكثر اهل العلم يرون ثبوت المال لمدعيه بشاهد ويمين روى ذلك عن ابى بكر وعثمان رضى الله عنهما وبه قال الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز وشريح والحسن واياس وعبد الله بن عتبة وابو سلمة بن عبد الرحمن ويحي بن يعمر وربيعة ومالك وابن ابى ليلى وابو الزناد والشافعى وقال الشعبى والنخعى واصحاب الرأى والأوزاعى لا يقضى بشاهد ويمين قال محمد بن الحسن من قضى بالشاهد واليمين نقضت حكمه لأن الله تعالى قال ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ﴾ ولانه ﷺ قال « البينة على المدعى واليمين على من انكر » فحصر اليمين على من انكر. ولنا ما روى الشافعى واحمد ومسلم عن عمرو بن دينار عن ابن عباس رضى الله عنهما ان النبى ﷺ قضى بيمين وشاهد زاد الشافعى قال عمر وفى الأموال ولاحمد فى رواية انما كان ذلك فى الأموال وروى سهيل عن ابيه عن ابى هريرة رضى الله عنه قال قضى رسول الله ﷺ باليمين مع الشاهد الواحد رواه سعيد والأئمة من أهل السنن والمسانيد قال الترمذى غريب وفى الباب عن على وابن عباس وجابر وقال النسائى اسناد ابن عباس فى الشاهد مع اليمين اسناد جيد

[فوائد] كل موضع قبل فيه الشاهد مع اليمين لا فرق فيه بين كون المدعى مسلما أو كافرا عدلا أو فاسقا رجلا أو امرأة نص عليه

رجل وامرأتين؟على روايتين[1] (الخامس) ما لا يطلع عليه الرجال كعيوب النساء تحت الثياب والرضاع والاستهلال والبكارة والثيوبة والحيض ونحوه فيقبل فيه شهادة امرأة واحدة[2] وعنه لا يقبل فيه أقل من امرأتين وان شهد به الرجال كان أولى بثبوته

(الثانية) قال احمد رحمه الله تعالى مضت السنة ان يقضى باليمين مع الشاهد الواحد فان ابى ان يحلف استحلف المطلوب يعني وسقط الحق وهذا قول مالك والشافعي وان نكل حكم عليه على الصحيح من المذهب

(الثالثة) لا تقبل شهادة امرأتين ويمين المدعى وبه قال الشافعي . وقال مالك يقبل ذلك فى الاموال لانهما فى الاموال اقيما مقام الرجل . ولنا أن البينة على المال اذا خلت من رجل لم تقبل فكذلك ههنا

(الرابعة) لو كان لجماعة حق بشاهد فأقاموه فمن حلف منهم اخذ نصيبه ولا يشاركه ناكل ولا يحلف ورثة ناكل الا ان يموت قبل نكوله

(١) قوله « وهل يقبل فى جناية العمد الخ » وكذا العمد الذى لا قود فيه بحال ، احداهما يقبل وهو المذهب صححه المصنف والشارح ويقبل فيه أيضا شاهد ويمين لانه لا يوجب الا المال اشبه البيع . والثانية لا يقبل الا رجلان اختاره ابو بكر وابن ابى موسى لانها جناية عمد اشبهت الموضحة

(٢) قوله « الخامس الخ » المذهب يقبل فيه امرأة واحدة مطلقا ونص عليه فى رواية الجماعة وعليه الاصحاب وقبول شهادتها منفردة فى الاستهلال والرضاع من المفردات ولحديث عقبة بن الحارث المتفق عليه . وعن على رضى الله عنه انه اجاز شهادة القابلة وحدها فى الاستهلال رواه احمد وسعيد من رواية جابر الجعفى . وعن ابى حنيفة لا تقبل شهادتهن منفردات على الرضاع وكذا حكى عنه فى الاستهلال لانه يكون بعد الولادة وخالفه صاحباه وأكثر اهل العلم واجازه شريح والحارث العكلى وحماد . وعن احمد رحمه الله تعالى رواية لا يقبل فى ذلك كله الا امرأتان وهو قول الحكم وابن ابى ليلى وابن شبرمة واليه ذهب مالك والثورى لان كل جنس يثبت به الحق يكفى فيه اثنان كالرجال وقال عثمان يكفى ثلاث وقال ابو حنيفة يقبل فيه شهادة المرأة الواحدة فى ولادة المزوجات دون ولادة المطلقة وقال عطاء والشعبي وقتادة والشافعى لا يقبل فيه إلا أربع لانها شهادة من شرطها الحرية =

فصل

واذا شهد بقتل العمد رجل وامرأتان لم يثبت قصاص ولا دية(١) وان شهدوا بالسرقة ثبت المال دون القطع(٢) وان ادعى رجل الخلع قبل فيه رجل وامرأتان(٣) وان ادعته المرأة لم يقبل فيه الا رجلان(٤) واذا شهد رجل وامرأتان لرجل بجارية انها أم ولده وولدها منه قضى له بالجارية أم ولد وهل تثبت حرية الولد ونسبه من مدعيه؟ على روايتين

= فلم تقبل فيها الواحدة كسائر الشهادات ولأن النبي ﷺ قال « شهادة امرأتين بشهادة رجل » ولنا حديث عقبة بن الحارث

[فائدة] مما تقبل فيه امرأة واحدة الجراحة وغيرها فى الحمام والعرس ونحوهما مما لا يحضره رجال على الصحيح من المذهب نص عليه وخالف ابن عقيل وغيره

(١) قوله « وإذا شهد بقتل العمد الخ » هذا المذهب مطلقا وعليه الأصحاب لأن القتل يوجب القصاص والمال بدل منه فاذا لم يثبت الاصل لم يجب بدله وان قلنا موجبه أحد شيئين لم يتعين إلا بالاختيار فلو أوجبنا الدية وحدها أوجبنا معينا . وعنه يثبت المال ان كان المجنى عليه عبداً قال فى الرعاية أو حراً فلا قود وثبت المال

(٢) قوله « وان شهدوا بالسرقة الخ » هذا الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب لأن السرقة توجب المال والقطع فاذا قصرت عن أحدهما أوجبت الآخر واختار فى الارشاد والمبهج أنه لا يثبت المال كالقطع

(٣) قوله « وان ادعى رجل الخلع الخ » لأنه يدعى المال الذى خالعته به ، فأما البينونة فتحصل بدعواه على الصحيح من المذهب

(٤) قوله « وان ادعته المرأة الخ » بلا نزاع لانها لا تقصد بذلك إلا الفسخ ولا يثبت إلا بعدلين فاما ان اختلفا فى عوض الخلع أو الصداق ثبت بشاهد ويمين لأنه مال

باب الشهادة على الشهادة والرجوع عن الشهادة

تقبل الشهادة على الشهادة فيما يقبل فيه كتاب القاضي وترد فيما يرد فيه(١) ولا تقبل الا أن تتعذر شهادة شهود الاصل بموت أو مرض أو غيبة الى مسافة القصر وقيل لا تقبل الا بعد موتهم(٢) ولا يجوز لشاهد الفرع ان يشهد

على قوله « واذا شهد رجل وامرأتان لرجل الخ » لأنه يدعى ملكها وقد أقام بينة كافية فيه ويثبت لها حكم الاستيلاد باقراره وأما حرية الولد ونسبه فالمذهب أنه لا يثبت وصححه المصنف والشارح لأن البينة لا تصلح لإثبات ذلك ، والثانية يثبت صححه فى التصحيح وجزم به فى الوجيز وغيره لان الولد نماء الجارية وقد ثبتت له فتبعها

(١) قوله « تقبل الشهادة على الشهادة الخ » الشهادة على الشهادة جائزة بالاجماع وبه يقول مالك والشافعى وأصحاب الرأى قال أبو عبيد أجمع العلماء من أهل الحجاز والعراق على امضاء الشهادة على الشهادة فى الأموال لأن الحاجة داعية اليها فانها لو لم تقبل لبطلت الشهادة على الوقف وما يتأخر إثباته عند الحاكم ثم يموت شهوده وفى ذلك ضرر على الناس ومشقة شديدة فوجب أن تقبل . ولا تقبل فى حد وهو المذهب وهو قول الشافعى والنخعى وأبى حنيفة . وقال مالك والشافعى فى قول وأبو ثور تقبل فى الحدود وفى كل حق لأن ذلك يثبت بشهادة الاصل وفى القصاص روايتان احداهما لا يقبل وهو قول أبى حنيفة والثانية يقبل وبه قال مالك والشافعى وتقدم الخلاف فى ذلك مستوفى فى كتاب القاضى إلى القاضى فأما ما عدا الحدود والأموال كالنكاح والطلاق والرجعة والتوكيل وسائر مالا يثبت إلا بشاهدين ففيه روايتان تقدم توجيههما فى كتاب القاضى إلى القاضى فليراجع

(٢) قوله « ولا تقبل إلا أن تتعذر شهادة الخ » وكذا حبس أو خوف من سلطان أو غيره وهذا المذهب وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعى وحكى عن أبى يوسف ومحمد جوازها مع القدرة على شهود الاصل قياسا على الرواية وأخبار الديانات . وروى عن الشعبى أنها لا تقبل إلا أن يموت شاهد الأصل وعن أحمد مثل هذا . ولنا أن الحاكم إذا أمكنه أن يسمع شهادة شاهد الاصل استغنى عن البحث عن عدالة شاهدى الفرع وكان أحوط للشهادة فان سماعه منهما معلوم فينبغى أن لا يثبت إلا عند عدم شهادة الأصل كسائر الابدال

الا ان يسترعيه شاهد الاصل فيقول اشهد على شهادتى انى أشهد ان فلان ابن فلان وقد عرفته بعينه واسمه ونسبه أقر عندى واشهدنى على نفسه طوعا بكذا أو شهدت عليه أو أقر عندى بكذا(١) فان سمعه يقول أشهد على فلان بكذا لم يجز ان يشهد(٢) الا ان يسمعه يشهد عندالحاكم أو يشهد بحق يعزوه الى سبب من بيع او إجارة أو قرض فهل يشهد به؟ على وجهين(٣). وتثبت شهادة شاهدى

---

(١) قوله «ولا يجوز لشاهد الفرع الخ» هذا المذهب قال أحمد لا تكون شهادة حتى يشهدك لان الشهادة على الشهادة فيها معنى النيابة، والنيابة بغير إذن لا تجوز. وعنه يجوز مطلقا وقدمها فى التبصرة

[تنبيه] ظاهره انه اذا استرعى غيره لم يجز أن يشهد حتى يسترعيه بعينه وهو أحد الوجهين وهو ظاهر الوجيز وغيره وهو قول أبى حنيفة. والوجه الثانى يجوز أن يشهد فيكون شاهد فرع وهو الصحيح قدمه فى المغنى والكافى وغيرهما وبه قال الشافعى وأصحاب الرأى وأبو عبيد

(٢) قوله «فان سمعه يقول أشهد على فلان الخ» أى إذا كان من غير ذكر سبب ولا شهادة عند الحاكم لان شاهد الاصل لم يسترعه الشهادة لانه يحتمل ان ذلك وعد ويحتمل أن يريد بالشهادة العلم فلم يجز أن يشهد مع الاحتمال. فان قيل لو سمع رجلا يقول لفلان على الف درهم جاز أن يشهد بذلك فكذا هذا قلنا الفرق بينهما ان الشهادة تحتمل العلم ولا يحتمل الاقرار ذلك لأن الاقرار أوسع فى لزومه من الشهادة بدليل صحته فى المجهول وأنه لا يراعى فيه العدد لأن الاقرار قول الانسان على نفسه وهو غير متهم فيها

(٣) قوله «الا أن يسمعه يشهد عند الحاكم الخ» أحدهما يجوز أن يشهد به وهو المذهب وهو مذهب الشافعى لأنه إذا أتى بالشهادة عند الحاكم وأسند الحق إلى سببه يزول الاحتمال ويرفع الاشكال والثانى لا يجوز الا أن يسترعيه وهو قول أبى حنيفة وأبى عبيد

[فائدة] يشترط أن يعينا شاهدى الأصل ويسمياهما وقال ابن جرير إذا قالا حرين ذكرين عدلين جاز وان لم يسميا لأن الغرض معرفة الصفات دون العين وليس بصحيح لجواز أن يكونا عدلين عندهما مجروحين عند غيرهما ولأن المشهود عليه ربما أمكنه جرح الشهود

الاصل بشهادة شاهدين يشهدان عليهما سواء شهدا على كل واحد منهما أو شهد على كل واحد منهما شاهد من شهود الفرع[١] وقال ابو عبدالله بن بطة لا تثبت حتى يشهد أربعة على كل شاهد أصل شاهدا فرع[٢] ولا مدخل للنساء فى شهادة الفرع[٣] . وعنه لهن مدخل فيشهد رجلان على رجل وامرأتين أو رجل

---

(١) قوله « وتثبت شهادة شاهدى الأصل الخ » هـذا المذهب قال الامام أحمد رحمه الله تعالى لم يزل الناس على هذا قال الزركشى هذا المذهب المنصوص وهو قول شريح والشعبى والحسن وابن شبرمة وابن أبى ليلى والثورى واسحاق والبتى والعنبرى قال اسحاق لم يزل أهل العلم على هذا وثبوت شهادة شاهد على شاهد من مفردات المذهب

(٢) قوله « وقال أبو عبد الله الخ » وهذا قول مالك والشافعى وأبى حنيفة وحكاه فى الخلاصة رواية لان شاهدى الفرع يثبتان شهادة شاهدى الاصل فلا تثبت شهادة كل واحد منهما بأقل من شاهدين . ولنا أن هذا يثبت بشاهدين وقد شهد اثنان بما يثبته فيثبت كما لو شهدا بنفس الحق ، ولان شاهدى الفرع بدل من شهود الاصل فيكفى فى عددهما ما يكفى فى شهادة الاصل

(٣) قوله « ولا مدخل للنساء الخ » اختلفت الرواية هل الذكورية شرط فى شهود الفرع أم لا فعنه انها شرط فلا يقبل فى شهود الفرع نساء بحال سواء كان الحق مما تقبل فيه شهادة النساء أم لا وهذا قول مالك والثورى والشافعى لانهم يثبتون بشهادتهم شهود الاصل دون الحق وليس ذلك بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال . والرواية الثانية لهن مدخل وهو المذهب اختاره المصنف وابن عبدوس وقدمه فى الرعايتين والفروع قيل لاحمد رحمه الله تعالى شهادة امرأتين على شهادة امرأتين تجوز قال نعم يعنى اذا كان معهما رجل وذكر الاوزاعى قال سمعت نمير بن أوس يجيز شهادة المرأة على شهادة المرأة ولأن المقصود بشهادتهن إثبات الحق الذى يشهد به شهود الاصل ولأن شهود الفرع ان كانوا يثبتون شهادة الاصول فهى تثبت بشهادتهن وان كانوا يثبتون نفس الحق فهو يثبت بشهادتهن ولأن النساء شهدن بالمال أو ما يقصد به المال فيثبت بشهادتهن

على قوله « فيشهد رجلان على رجل وامرأتين » ، يعنى على الرواية الاولى والاخيرة

وامرأتان على رجل وامرأتين . وقال القاضى لا تجوز شهادة رجلين على رجل وامرأتين نص عليه أحمد . قال ابو الخطاب وفى هذه الرواية سهو من ناقلها . ولا يجوز للحاكم ان يحكم بشهادة شاهدى الفرع حتى يثبت عنده عدالتهما وعدالة شاهدى الاصل[1] وان شهدا عنده فلم يحكم حتى حضر شهود الاصل وقف الحكم على سماع شهادتهم وان حدث منهم ما يمنع قبول الشهادة لم يجز الحكم[2] وان حكم بشهادتهما ثم رجع شهود الفرع لزمهم الضمان[3] وان رجع شهود الاصل لم يضمنوا[4] ويحتمل ان يضمنوا[5]

على قوله « أو رجل وامرأتان على رجل وامرأتين » * أو على رجلين أيضا على الرواية الأخيرة

(١) قوله « ولا يجوز للحاكم الخ » وذلك لأن الحكم ينبنى على الشهادتين جميعاً فاعتبرت الشروط فى كل واحد منهما لا نعلم فى هذا خلافا فان عدل شهود الفرع شهود الاصل فشهدا بعدالتهما جاز بغير خلاف نعلمه وان لم يشهدا بعدالتهما جاز ويتولى الحاكم ذلك فان علم عدالتهما حكم وان لم يعرفهما بحث عنهما وهذا مذهب الشافعى وقال الثورى وأبو يوسف ان لم يعدل شاهد الفرع شاهدى الاصل لم يسمع الحاكم شهادتهما لأن ترك تعديله يرتاب به الحاكم

[فائدة] لو شهد شاهد فرع على أصل وتعذرت الشهادة على الآخر حلف واستحق ذكره فى التبصرة واقتصر عليه فى الفروع

(٢) قوله « وان حدث منهم مانع الخ » أى لا بد من استمرار العدالة فى الجميع إلى الحكم لما ذكرنا فى شاهدى الاصل فان رجعوا قبل الحكم لم يحكم بها

(٣) قوله « وان حكم بشهادتهما الخ » بلا نزاع لأن الاتلاف كان بشهادتهم

(٤) قوله « وان رجع شهود الاصل الخ » يعنى لم يضمن شهود الاصل وهذا المذهب لان الاتلاف حصل بشهادة غيرهم فلا يلزمهم ضمان كالمتسبب مع المباشر

(٥) قوله « ويحتمل الخ » وقطع به القاضى قاله فى النكت لان الحكم يضاف اليهم بدليل أنه تعتبر عدالتهم

فصل

ومتى رجع شهود المال بعد الحكم لزمهم الضمان ولم ينقض الحكم سواء ما قبل القبض وبعده وسواء كان المال قائما أو تالفا(١) وان رجع شهود العتق

[فوائد] لو قال شهود الاصل كذبنا أو غلطنا ضمنوا على الصحيح من المذهب وقيل لا يضمنون وحكى هـــذه الصورة ومسئلة المصنف مسئلتين فى الرعايتين وحكاها بعضهم مسألة واحدة

(الثانية) قال فى الفروع أطلق جماعة من الاصحاب أنه إذا أنكر الاصل شهادة الفرع لم يعمل بها لتأكد الشهادة بخلاف الرواية قال فى المحرر والوجيز وغيرهم لو قال شهود الاصل ما أشهدناهما بشىء لم يضمن الفريقان شيئاً

(الثالثة) اذا مات شهود الاصل والفرع لم يمنع الحكم وكذا لو مات شهود الاصل قبل اداء الفرع

(١) قوله « ومتى رجع شهود المال الخ » هذا بلا نزاع نعلمه فأما الرجوع به على المحكوم له فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً أنه لا يرجع به عليه ولا ينقض الحكم فى قول أهل الفتيا من أهل الامصار وحكى عن سعيد بن المسيب والاوزاعى أنهما قالا ينقض الحكم وان استوفى الحق لان الحق ثبت بشهادتهما فاذا رجعا زال ما ثبت به الحكم كما لو تبين أنهما كانا كافرين . ولنا أن حق المشهود له وجب له فلا يسقط بقولهما كما لو ادعياه لانفسهما ، يحقق هذا ان حق الانسان لا يزول إلا ببينة أو اقرار ورجوعهما ليس بشهادة ولهذا لا يفتقر الى لفظ الشهادة ولا هو إقرار من صاحب الحق ، وفارق ما إذا كانا كافرين لانا تبينا أنه لم يوجد شرط الحكم وهو شهادة العدول وأما الرجوع على الشاهدين به فهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأصحاب الرأى وقول الشافعى القديم وقال فى الجديد لا يرجع عليهما بشىء إلا أن يشهدا بعتق عبد فيضمنا قيمته لانه لم يوجد منهما إتلاف للمال ولا يد عادية . ولنا أنهما أقرا أنهما أخرجا ماله من يده بغير حق وحالا بينه وبينه فلزمهما الضمان كشاهدى القصاص

[تنبيه] محل الضمان إذا لم يصدقهم المشهود له فان صدق الراجعين لم يضمن الشهود شيئاً ويستثنى من الضمان لو شهدا بدين فأبرأ منه مستحقه ثم رجعا فانهما =

غرموا القيمة (١) وان رجع شهود الطلاق قبل الدخول غرموا نصف المسمى(٢) وان كان بعده لم يغرموا شيئا . وان رجع شهود القصاص أو الحد قبل الاستيفاء لم يستوف(٣) وان كان بعده وقالوا أخطأنا فعليهم دية

= لا يغرمان شيئاً للمشهود عليه ذكره المصنف فى المغنى فى الصداق فى مسئلة تنصف الصداق بعد هبتها للزوج قال ولو قبضه المشهود له ثم وهبه المشهود عليه ثم رجعا غرما

(١) قوله « وان رجع شهود العتق الخ » بلا نزاع ولا خلاف بينهم فيه فان المخالف فى التى قبلها هو الشافعى وقد وافق ههنا وهو حجة عليه فيما خالف فيه لكنه مقيد بما إذا لم يصدقهم المشهود له وهو واضح وأما المزكون فانهم لا يضمنون شيئاً

(٢) قوله « وان رجع شهود الطلاق الخ » أو بدله بلا نزاع وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى فى أحد قوليه يجب مهر المثل لأنهما أتلفا عليه البضع فلزمهما عوضه وفى القول الآخر يلزمهما نصف مهر المثل ولنا أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بدليل ما لو أخرجته من ملكه بردتها أو اسلامها أو قتلها نفسها فانها لا تضمن شيئا

على قوله « وان كان بعده لم يغرموا شيئا » هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة ، وعنه يغرمون كل المهر وذكر الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى يغرمون مهر المثل وهو مذهب الشافعى قال فى الانصاف الصواب يغرمون

(٣) قوله « وان رجع شهود القصاص - إلى قوله - لم يستوف » هذا المذهب وهو قول عامة أهل العلم وحكى عن أبى ثور أنه شذ فقال يحكم بها لأن الشهادة قد اديت فلا تبطل بالرجوع ، وهذا فاسد لأن الشهادة شرط الحكم فاذا زالت قبله لم يجز كما لو فسقا ولأن رجوعهما يظهر به كذبهما وهذا إذا رجعوا قبل الحكم بها فان رجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء لم يجز استيفاؤه على الصحيح من المذهب لأن الحدود تدرأ بالشبهات ورجوعهما من أعظم الشبهات وفارق المال فانه يمكن جبره بالزام الشاهد عوضه والحد والقصاص لا ينجبر بايجاب مثله على الشاهدين فعلى المذهب تجب دية القود وان وجب عينا فلا قاله فى الفروع وابن الزاغونى فى الواضح

ماتلف(١) ويتقسط الغرم على عددهم فان رجع أحدهم وحده غرم بقسطه(٢) واذا شهد عليه ستة بالزنا فرجم ثم رجع منهم اثنان غرما ثلث الدية وان رجع الكل لزمتهم الدية اسداسا(٣) وان شهد اربعة بالزنا واثنان بالاحصان فرجم ثم رجع الجميع لزمتهم الدية اسداسا فى أحد الوجهين وفى الآخر على شهود الزنا النصف وعلى شهود الاحصان النصف(٤) وان شهد أربعة بالزنا وشهد اثنان

---

(١) قوله «وان كان بعده الخ» إذا رجعا بعد الاستيفاء لم يبطل الحكم ولا يلزم المشهود له شيء سواء كان المشهود به مالا أو عقوبة فان كان المشهود به اتلافاً فى مثله القصاص كالقتل والجرح وقالا عمدنا الشهادة عليه بالزور ليقتل أو يقطع فعليهما القصاص وبه قال ابن أبى ليلى والاوزاعى والشافعى وأبو عبيد، وقال أصحاب الرأى لا قود عليهما لأنهما لم يباشرا الاتلاف. ولنا أن علياً رضى الله عنه شهد عنده رجلان على رجل بالسرقة فقطعه ثم عادا فقالا أخطأنا ليس هذا السارق فقال لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعتكما ولا مخالف له فى الصحابة وان كان بعد الاستيفاء وقالوا أخطأنا فعليهم دية ما تلف بلا نزاع أو ارش الضرب وتكون الدية فى أموالهما مخففة لأن العاقلة لا تحمل الاعتراف

(٢) قوله «ويتقسط الغرم على عددهم» هذا بلا نزاع

(٣) قوله «وإذا شهد عليه ستة الخ» إذا رجع اثنان غرما ثلث الدية وهو المذهب وبه قال أبو عبيد. وقال أبو حنيفة ان رجع واحد أو اثنان فلا شيء عليهما لأن بينة الزنا قائمة فدمه غير محقون وان رجع ثلاثة فعليهم ربع الدية وان رجع أربعة فعليهم نصف الدية وان رجع خمسة فعليهم ثلاثة أرباعها وان رجع الستة فعلى كل واحد سدسها ومنصوص الشافعى فيما إذا رجع اثنان كمذهب أبى حنيفة قال فى الانصاف وقيل لا يغرمان شيئا قال صاحب الرعاية وهو أقيس انتهى

(٤) قوله «وان شهد أربعة بالزنا الخ» الوجه الاول هو المذهب وهما روايتان عند ابن هبيرة وقال أبو حنيفة لا ضمان على شهود الاحصان لأنهم شهدوا بالشرط دون السبب الموجب للقتل وانما يثبت ذلك بشهادة الزنا ولأصحاب الشافعى وجهان كالمذهبين ولنا أن قتله حصل بمجموع الشهادتين فتجب الغرامة على الجميع كما لو شهدوا جميعا على الزنا فيكون الضمان على عدد الرءوس. والوجه الثانى على شهود الزنا النصف وعلى شهود الاحصان النصف لأنهما حزبان لكل حزب نصف

منهم بالاحصان صحت الشهادة فان رجم ثم رجعوا عن الشهادة فعلى من شهد بالاحصان ثلثا الدية على الوجه الاول وعلى الثانى يلزمهم ثلاثة أرباعها(١) وان حكم بشاهد ويمين فرجع الشـــاهد غرم المال كله ويتخرج ان يغرم النصف(٢) وان بان بعد الحكم ان الشاهدين كانا كافرين أو فاسقين نقض

[فائدة] لو رجع شهود الاحصان كلهم أوشهود الزنا كلهم غرموا الدية كاملة على الصحيح من المذهب وقيل يغرمون النصف اختاره ابن حمدان

(١) قوله « وان شهد أربعة بالزنا واثنان منهم الخ » هذا تفريع صحيح وقد علمت المذهب منهما

[فائدة] لو شهد قوم بتعليق عتق أو طلاق وقوم بوجود شرطه ثم رجع الـكل فالغرم على عددهم على الصحيح من المذهب وقيل تغرم كل جهة النصف

(٢) قوله « وان حكم بشاهد ويمين الخ » هذا الصحيح من المذهب نص عليه فى رواية جماعة ويتخرج أن يضمن النصف وبه قال مالك والشافعى لأنه أحد حجتى الدعوى فـكان عليه النصف . ولنا أن الشاهد حجة الدعوى فـكان الضمان عليه كالشاهدين يحققه ان اليمين قول الخصم وقول الخصم ليس بحجة وانما هوشرط الحـكم فجرى مجرى مطالبته للحاكم بالحـكم وبهذا ينفصل عما ذكروه وهو من مفردات المذهب

[فوائد] لو رجع شهود تزكية فحـكمهم حكم رجوع من زكوهم

(الثانية) لا ضمان برجوع عن شهادة بكفالة عن نفس أو براءته منها أو انها زوجته أو أنه عفى عن دم عمد لعدم تضمنه مالا . قال فى المبهج وقال القاضى هذا لايصح لأن الـكفالة متضمنة بهرب المـكفول والقود قد يجب به مال

(الثالثة) لو شهد بعد الحـكم بمناف للشهـادة الأولى فـكرجوعه وأولى قاله الشيخ تقى الدين واقتصر عليه فى الفروع

(الرابعة) لو زاد فى شهادته أو نقص قبل الحـكم أو أدى بعد انـكارها قبل نص علمهما كقوله لا أعرف الشهادة وقيل لا تقبل كبعد الحـكم وقيل يؤخذ بقوله المتقدم وان رجع لغت ولا حكم ولم يضمن وان لم يصرح بالرجوع بل قال للحاكم توقف فتوقف ثم عاد اليها قبلت فى أصح الوجهين وفى جواب إعادتها احتمالان قال فى الانصاف الأولى عدم الاعادة

الحكم [١] ويرجع بالمال أو ببدله على المحكوم له [٢] وان كان المحكوم به إتلافا فالضمان على المزكين [٣] فان لم يكن ثم تزكية فعلى الحاكم [٤] . وعنه لا ينقض اذا كانا فاسقين وان شهدوا عند الحاكم بحق ثم ماتوا حكم بشهادتهم اذا ثبتت عدالتهم وإذا علم الحاكم بشاهد الزور عزره وطاف به فى المواضع التى يشتهر فيها فيقال انا وجدنا هذا شاهد زور فاجتنبوه . ولا تقبل الشهادة الا بلفظ الشهادة فان قال اعلم أو أحق لم يحكم به [٥]

---

(١) قوله « وان بان بعد الحكم الخ » اذا بان بعد الحكم أن الشاهدين كانا كافرين نقض الحكم بلا خلاف وكذا ان كانا فاسقين على الصحيح من المذهب لأن شهادة الفاسقين مجمع على ردها وقد نص الله على التبين فيها فقال ﴿ يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبإ فتبينوا ﴾ وأمر باشهاد العدول فقال ﴿ وأشهدوا ذوى عدل منكم ﴾ فيجب نقض الحكم لفوات العدالة . واختلف أصحاب الشافعى فيه أيضا . فأما ان قامت البينة انه حكم بشهادة والدين أو مولودين أو عدوين فان كان الحاكم الذى حكم بشهادتهما ممن يرى الحكم به لم ينقض حكمه لأنه حكم باجتهاده فيما يسوغ فيه الاجتهاد ولم يخالف نصاً ولا إجماعا وان كان ممن لا يرى الحكم بشهادتهم نقضه لأن الحاكم يعتقد بطلانه

(٢) قوله « ويرجع بالمال الخ » لأن الحكم قد نقض فيجب أن يرجع الحق إلى مستحقه وان كان المال موجوداً بعينه ألزم برده بعينه

(٣) قوله « وان كان المحكوم به اتلافاً الخ » أى كقتل أو كان الحكم لله باتلاف حسى أو ما يسرى اليه وهذا المذهب لأن المحكوم به قد تعذر رده وشهود التزكية ألجأوا الحاكم إلى الفعل فلزمهم الضمان وقال القاضى الضمان على الحاكم لأنه فرط وقال أبو الخطاب الضمان على الشهود لأنهم فوتوا الحق على مستحقه بشهادتهم الباطلة كما لو رجعوا

(٤) قوله « فان لم يكن ثم تزكية الخ » هذا المذهب لان التلف حصل بفعله وبأمره فلزمه الضمان لتفريطه ، وكذا ان كان مزكون فماتوا ذكره فى الكافى ولا قود لأنه مخطىء ويجب الدية فى بيت المال وعنه على عاقلته

(٥) قوله « ولا تقبل الشهادة الخ » هذا المذهب قال فى الشرح ولا أعلم فيه =

باب اليمين فى الدعاوى

وهى مشروعة فى حق المنكر فى كل حق لآدمى[١]. قال ابو بكر الا فى النكاح والطلاق[٢]. وقال ابو الخطاب الا فى تسعة أشياء النكاح والرجعة والطلاق والرق والولاء والاستيلاد والنسب والقذف والقصاص[٣]. وقال القاضى فى الطلاق والقصاص والقذف روايتان وسائر الستة لا يستحلف فيها رواية واحدة وقال الخرقى لا يحلف فى القصـــاص ولا فى المرأة اذا

═ خلافاً لان الشهادة مصدر فلا بد من الاتيان بفعلها المشتق منها وعنه يقبل إذا قال أعلم أو أحق اختاره أبو الخطاب والشيخ تقى الدين وقال لا نعرف عن صحابى ولا تابعى اشتراط لفظ الشهادة وفى الكتاب والسنة اطلاق لفظ الشهادة على الخبر المجرد عن لفظ الشهادة واختاره ابن القيم قال على بن المدينى أقول أن العشرة فى الجنة ولا أشهد فقال له أحمد متى قلت فقد شهدت ونقل الميمونى وهل معنى القول والشهادة إلا واحداً ونقل أبو طالب العلم شهادة

(١) قوله « وهى مشروعة فى حق المنكر فى كل حق لآدمى » هذا رواية عن أحمد اختارها المصنف والشارح وجزم به أبو محمد الجوزى وهذا قول الشافعى وأبى يوسف ومحمد لقوله ﷺ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » متفق عليه وهذا عام فى كل مدعى عليه وهو ظاهر فى دعوى الدماء لذكرها فى الدعوى مع عموم الاحاديث

(٢) قوله « وقال أبو بكر الخ » قال وهو الغالب على قول أبى عبد الله لان أمرهما أشد ولا يدخلهما البدل

(٣) قوله « وقال أبو الخطاب الخ » وكذا كل ما ليس بمال ولا يقصد منه المال ولا يثبت إلا بشاهدين ففيه روايتان احداهما لا يستحلف المدعى عليه قال أحمد ولم أسمع من مضى جوزوا الايمان إلا فى الاموال والعروض خاصة وهذا قول مالك ونحوه قول أبى حنيفة فانه قال لا يستحلف فى النكاح وما يتعلق به من دعوى الرجعة والفيئة فى الايلاء ولا فى الرق وما يتعلق به من الاستيلاد والولاء والنسب لان هذه الاشياء لا يدخلها البدل وانما ترد اليمين فيما يدخله البدل وان المدعى عليه مخير بين أن يحلف أو يسلم

أنكرت النكاح وتحلف اذا ادعت انقضاء عدتها واذا أنكر المولى مضى الاربعة الاشهر حلف واذا أقام العبد شاهدا بعتقه حلف معه[١] ولا يستحلف فى حقوق الله تعالى كالحدود والعبادات ونحوها[٢] ويجوز الحكم فى المال وما يقصد به المال بشاهد ويمين المدعى[٣] ولا تقبل فيه شهادة امرأتين ويحتمل ان تقبل وهل يثبت العتق بشاهد ويمين ؟ على روايتين[٤]. ولا يقبل فى النكاح والرجعة وسائر ما لا يستحلف فيه شاهد ويمين[٥] ومن حلف على فعل نفسه أو دعوى عليه حلف على البت[٦] ومن حلف على فعل غيره أو دعوى عليه

---

(١) قوله « واذا أقام العبد الخ » مراد المصنف هنا دخول اليمين فى العتق اذا قلنا يقبل فيه رجل واحد

(٢) قوله « ولا يستحلف فى حقوق الله تعالى الخ » أما الحدود فلا نعلم فيها خلافا لأنه لو أقر ثم رجع عن اقراره قبل منه من غير يمين وخلى فان لا يستحلف مع عدم الاقرار أولى وأما الحقوق المالية كدعوى الساعى الزكاة على رب المال فقال أحمد القول قول رب المال بغير يمين كالحدود وكالصلاة وكذا لو ادعى عليه كفارة يمين أو ظهار أو نذر أو صدقة قبل قوله فى نفى ذلك بغير يمين وهذا المذهب لانه لا حق للمدعى فيه ولا ولاية له عليه . وقال الشافعى وأبو يوسف يستحلف اذا ادعى الساعى الزكاة على رب المال أو ان الحول قد تم وكمل النصاب لأنها دعوى مسموعة يتعلق بها حق آدمى

(٣) قوله « ويجوز الحكم فى المال الخ » قد تقدم ذلك مستوفى فى أقسام المشهود به فى القسم الرابع

(٤) قوله « وهل يثبت العتق الخ » إحداهما يثبت اختاره الخرقى وأبو بكر والقاضى فى بعض كتبه لأنه إزالة ملك فقبل فيه شاهد ويمين كالبيع والثانية لا يثبت ولا يعتق إلا بشاهدين ذكرين وهو المذهب لأنه ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال فى غالب الأحوال وتقدم ذلك فى أقسام المشهود به

(٥) قوله « ولا يقبل فى النكاح الخ » هذا المذهب وعليه الاصحاب لقوله تعالى فى الرجعة ﴿ وأشهدوا ذوى عدل منكم ﴾ وقسنا عليه سائر ما ذكرنا

(٦) قوله « ومن حلف على فعل نفسه الخ » هذا المذهب وعليه جماهير =

فى الاثبات حلف على البت[١] وان حلف على النفى حلف على نفى علمه[٢] ومن توجهت عليه يمين لجماعة فقال احلف يمينا واحدة لهم فرضوا جاز[٣] وان أبوا حلف لكل واحد يمينا[٤]

= الأصحاب فمثال فعل نفسه أن يدعى بمائة على شخص ويقيم شاهدا ويريد أن يحلف معه ومثال الدعوى عليه أن يدعى عليه بمائة فيقول ما يستحق على شيئا لأن النبى ﷺ استحلف رجلا فقال قل والله الذى لا إله الا هو ما له عليك حق . وعنه فى البائع يحلف لنفى عيب السلعة واختاره أبو بكر . وحكى عن أحمد رواية ان اليمين فى ذلك كله على نفى العلم لأن أحمد استشهد له بقوله عليه الصلاة والسلام لا تضطروا الناس فى أيمانهم أن يحلفوا على ما لا يعلمون قال الشارح والأيمان كلها على البت والقطع الا على نفى فعل الغير فانها على نفى العلم وبه قال مالك والشافعى وأبو حنيفة وقال الشعبى والنخعى كلها على العلم لما تقدم وقال ابن أبى ليلى كلها على البت كما يحلف على فعل نفسه

(١) قوله « ومن حلف على فعل غيره الخ » وهذا المذهب مثال فعل غيره أن يدعى ان غيره غصبه ثوبه لحديث الحضرمى لما اختصم هو والكندى إلى النبى ﷺ قال الحضرمى يا رسول الله ان أرضى اغتصبها أبو هذا وهى فى يده فقال هل لك بينة قال لا ولكن أحلفه والله ما يعلم انها أرضى اغتصبها أبوه فتهيأ الكندى لليمين رواه أبو داود ولم ينكر ذلك النبى ﷺ

(٢) قوله « وان حلف على النفى الخ » يعنى اذا حلف على فعل غيره أو نفى دعوى على ذلك الغير ، أما الأولى فلا خلاف انه يحلف على نفى العلم وأما الثانية فالصحيح من المذهب أنه يحلف فيها أيضاً على نفى العلم

(٣) قوله « ومن توجهت عليه الخ » هذا المذهب لأن الحق لهم

(٤) وان أبوا الخ » هـذا بلا نزاع ولا نعلم فيه خلافا لأنه منكر لكل واحد منهم

[فائدتان] الذى يقضى فيه بالنكول هو المال أو ما مقصوده المال هذا المذهب قاله فى الفروع وغيره وعنه هو المال أو مامقصوده المال وغير ذلك الا قود النفس وعنه الا قود النفس وطرفها صححه فى الرعاية

فصل

واليمين المشروعة هى اليمين بالله تعالى اسمه وان رأى الحاكم تغليظها بلفظ أو زمن او مكان جاز ففى اللفظ يقول : والله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع الذى يعلم خائنة الأعين وما تخفى الصدور . واليهودى يقول : والله الذى أنزل التوراة على موسى وفلق له البحر ونجاه من فرعون وملائه . والنصرانى : والله الذى أنزل الانجيل على عيسى وجعله يحي الموتى ويبرىء الأكمه والابرص . والمجوسى يقول : والله الذى خلقنى وصورنى ورزقنى . والزمان يحلفه بعد العصر أو بين الاذانين . والمكان يحلفه بمكة بين الركن والمقام وفى الصخرة ببيت المقدس وفى سائر البلدان عند المنبر ويحلف أهل الذمة فى المواضع التى يعظمونها . ولا تغلظ اليمين الا فيما له خطر كالجنايات والعتاق والطلاق وما تجب فيه الزكاة من المال وقيل مايقطع به السارق وان رأى الحاكم ترك التغليظ فتركه كان مصيبا

كتاب الاقرار

يصح الاقرار من كل مكلف مختار غير محجور عليه[1] فاما الصبى والمجنون

(الثانية) كل جناية لم يثبت قودها بالنكول فهل يلزم الناكل ديتها ؟ على روايتين احداهما لا تلزمه اختاره ابن عبدوس والثانية يلزمه وكل ناكل قلنا لا يقضى عليه بالنكول كاللعان ونحوه فهل يخلى سبيله أو يحبس حتى يقر أو يحلف على وجهين احدهما يخلى سبيله اختاره ابن عبدوس والناظم وصححه فى تصحيح المحرر والثانى يحبس حتى يقر أو يحلف قدمه فى تجريد العناية قال فى الانصاف هذا المذهب فى اللعان قال الشيخ تقى الدين إذا قلنا يحبس فينبغى جواز ضربه كما يضرب الممتنع من اختيار بعض نسائه إذا أسلم والممتنع من قضاء الدين كما يضرب المقر بالمجهول حتى يفسر

(١) قوله « ويصح الاقرار الخ » هذا المذهب من حيث الجملة فأما الطفل والمجنون فلا يصح اقرارهما وكذلك المبرسم والنائم والمغمى عليه لا نعلم فيه خلافاً =

فلا يصح إقرارها الا أن يكون الصبى مأذونا له فى البيع والشراء فيصح إقراره فى قدر ما أذن له دون ما زاد(١) وكذلك العبد المأذون له فى التجارة ولا يصح اقرار السكران ويتخرج صحته بناء على طلاقه(٢) ولا يصح اقرار

= وقد قال عليه الصلاة والسلام « رفع القلم عن ثلاثة » الخبر فأما الصبى المميزفان كان محجوراً عليه لم يصح اقراره للنص وان كان مأذوناً له فى البيع والشراء صح اقراره فى قدر ما أذن له فيه دون ما زاد عليه نص عليه وهو قول أبى حنيفة . وقال الشافعى لا يصح اقراره بحال لعموم الخبر ولأنه غير بالغ أشبه الطفل

[تنبيه] قوله غير محجور عليه شمل المفهوم مسائل منها ما صرح به المصنف بعد ذلك ومنها ما لم يصرح به فاما الذى لم يصرح به فهو السفيه والصحيح من المذهب صحة اقراره بمال سواء لزمه باختياره أو لا وقيل لايصح مطلقاً وهواحتمال ذكره المصنف فى باب الحجر واختاره المصنف والشارح وتقدم ذلك مستوفى فى باب الحجر عند كلام المصنف فيه فعلى المذهب يتبع به بعد فك حجره كما صرح به المصنف هناك

[فائدة] مثل اقراره بالمال اقراره بنذر صدقته بمال فيكفر بالصوم ان لم نقل بالصحة وأما غير المال كالحدود والقصاص والنسب والطلاق ونحوه فيصح ويتبع به فى الحال

(١) قوله « فأما الصبى والمجنون الخ » هذا المذهب مطلقاً نص عليه وهو مقيد بما إذا قلنا بصحة تصرفه بإذن وليه على ما مر فى كتاب البيع

[فائدة] لو قال بعد بلوغه لم أكن حال اقرارى أو بيعى أو شرائى ونحوه بالغاً فقال فى المغنى والشرح لو أقرمراهق ثم اختلف هو والمقر له فى بلوغه فالقول قوله الا أن تقوم بينة ببلوغه ولا يحلف الا أن يختلفا بعد ثبوت بلوغه فعليه اليمين انه لم يكن حين أقر بالغاً قال الشيخ تقى الدين ويتوجه وجوب اليمين عليه وقال فى الكافى فان قال أقررت قبل البلوغ فالقول قوله مع يمينه اذا كان اختلافهما بعد بلوغه

(٢) قوله « ولا يصح اقرار السكران الخ » هذا إحدى الروايات قال ابن منجا فى شرحه هذا المذهب واختاره المصنف والشارح وصححه الناظم وجزم به =

المكره[١] الا أن يقرّ بغير ما أكره عليه[٢] مثل ان يكره على الاقرار لانسان فيقر لغيره أو على الاقرار بطلاق امرأة فيقر بطلاق غيرها أو على الاقرار بدنانير فيقر بدراهم فيصح وان أكره على وزن ثمره فباع داره فى ذلك صح[٣] وأما المريض مرض الموت المخوف فيصح اقراره بغير المال[٤] وان أقر بمال لمن لا يرثه صح فى أصح الروايتين[٥] وفى الأخرى لا يصح بزيادة على الثلث

= فى الوجيز ويتخرج صحته بناء على صحة طلاقه وتقدم فى أول كتاب الطلاق ان فى أفعال السكران وأقواله خمس روايات أو ست وان الصحيح من المذهب أنه مؤاخذ بهما فيكون هذا التخريج هو المذهب

(١) قوله « ولا يصح اقرار المكره » هذا بلا نزاع وهو منصوص الشافعى لقوله ﷺ « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »

(٢) قوله « إلا أن يقر الخ » هذا بلا نزاع لأنه أقر بما لم يكره عليه فصح كما لو أقر به ابتداء وتقبل دعوى الاكراه بقرينة كتوكيل به أو أخذ مال أو تهديد قادر

[فائدة] تقدم بينة الاكراه على بينة الطواعية وقيل يتعارضان

(٣) قوله « وان أكره على وزن ثمره الخ » أى لأنه لم يكره على البيع

(٤) قوله « وأما المريض الخ » أى لانه لا تهمة عليه فى ذلك وانما تلحقه التهمة فى المال

(٥) قوله « وان أقر بمال لمن لا يرثه الخ » وهو المذهب وعليه الأصحاب لأنه غير متهم فى حقه وهو قول أكثر أهل العلم قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن اقرار المريض فى مرضه لغير الوارث جائز والأخرى لا يصح بزيادة على الثلث فلا محاصة فيقدم دين الصحة لأنه ممنوع من عطية ذلك للأجنبى كما هو ممنوع من عطية الوارث فلا يصح اقراره بما لا يملك عطيته بخلاف الثلث فما دون . وعنه لا يصح مطلقا لأنه اقرار فى مرض الموت أشبه الاقرار للوارث

ولا يحاصّ المقر له غرماء الصحة[١] وقال أبو الحسن التميمي والقاضي يحاصهم وان أقر لوارث لم يقبل الا ببينة[٢] الا أن يقر لامرأته بمهر مثلها فيصح[٣]. وان أقر لوارث واجنبي فهل يصح في حق الاجنبي؟ على وجهين[٤]. وان أقر لوارث

---

(١) قوله « ولا يحاص المقر له الخ » هذا مبنى على المذهب وهو الصحيح وبهذا قال النخعي والثوري وأصحاب الرأى لأنه بعد تعلق الحق بتركته فوجب أن لا يشارك المقر له من ثبت دينه ببينة كغريم المفلس الذى أقر له بعد الحجر عليه وظاهر كلام الخرقي أنهما يتحاصان وبه قال أبو الحسن التميمي والقاضي وقطع به الشريف وأبو الخطاب والشيرازى فى موضع واختاره ابن أبي موسى وبه قال مالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وذكر أبو عبيد أنه قول أكثر العلماء بالمدينة فان أقر لهما جميعاً فى المرض تساويا من رأس المال أشبه ما لو أقر به في الصحة وكما لو ثبتا ببينة

(٢) قوله « وان أقر لوارث الخ » هذا المذهب بلا ريب نص عليه وبه قال شريح وأبو هاشم وابن أذينه والنخعي ويحيى الأنصارى وأبو حنيفة وأصحابه وروى ذلك عن القاسم وسالم وقال عطاء والحسن واسحاق وأبو ثور يقبل لأن من صح الاقرار له فى الصحة صح فى المرض كالأجنبي . وللشافعي قولان كالمذهبين وقال مالك يصح إذا لم يتهم وقاله أبو الخطاب فى الانتصار

(٣) قوله « الا أن يقر لامرأته الخ » قال الشارح لانعلم فيه خلافاً إلا الشعبي قال لايجوز اقراره لها لأنه اقرار لوارث ولنا أنه إقرار بما تحقق سببه وعلم وجوده ولم تعلم البراءة منه فأشبه ما لو كان عليه دين ببينة فأقر أنه لم يوفه قال فى الانصاف والصحيح من المذهب ان لها مهر مثلها بالزوجية لا باقراره نص عليه ونقل أبو طالب يكون من الثلث ونقل أيضاً لها مهر مثلها وان على الزوج البينة بالزائد قال الشارح وكذلك ان اشترى من وارثه شيئا فأقر له بثمن مثله لأن القول قول المقر له فى أنه لم يقبض ثمنه وان أقر لامرأته بدين سوى الصداق لم يقبل

(٤) قوله « وان أقر لوارث وأجنبي الخ » أحدهما يصح فى حق الأجنبي وهو الصحيح من المذهب صححه المصنف والشارح وغيرهما وقال أبو حنيفة ان أقر لهما بدين من الشركة فاعترف الأجنبي بالشركة صح الاقرار لهما وان جحدها صح له دون الوارث ولنا أنه أقر لوارث وأجنبي فيصح للأجنبي كما لو أقر بلفظين وكما لو جحد الأجنبي الشركة

فصار عند الموت غير وارث لم يصح اقراره(١) وان أقر لغير وارث صح وان صار وارثا نص عليه وقيل ان الاعتبار بحال الموت فيصح فى الاولى ولا يصح فى الثانية كالوصية وان أقر لامرأته بدين ثم ابانها ثم تزوجها لم يصح إقراره وان أقر المريض بوارث صح(٢) وعنه لا يصح وان أقر بطلاق امرأته فى صحته لم يسقط ميراثها(٣)

فصل

وان أقر العبد بحد أو قصاص أو طلاق صح وأخذ به الا ان يقر بقصاص فى النفس فنص احمد انه يتبع به بعد العتق (٤) وقال ابو الخطاب

---

(١) قوله « وان أقر لوارث فصار الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب ونص عليه قال فى الفروع اعتبر بحال الاقرار لا الموت وقيل الاعتبار بحال الموت فيصح فى الأولى ولا يصح فى الثانية كالوصية وهو رواية منصوصة ذكرها ابو الخطاب وهو قول سفيان الثورى والشافعى لأنه معنى يعتبر فيه عدم الميراث فكان الاعتبار بحالة الموت كالوصية . ولنا انه قول يعتبر فيه التهمة فاعتبرت حال وجوده دون غيره كالشهادة

[فائدتان] مثل ذلك فى الحكم لو أعطاه وهو غير وارث ثم صار وارثاً ذكره فى الترغيب وغيره واقتصر عليه فى الفروع

(الثانية) يصح اقراره بأخذ دين صحة ومرض من أجنبى فى ظاهر كلام أحمد وقاله القاضى وأصحابه وقال فى الرعاية لا يصح الاقرار بقبض مهر وعوض خلع بل حوالة و بيع وقرض

(٢) قوله « وان أقر المريض الخ » هذا المذهب بلا ريب

(٣) قوله « وان أقر بطلاق امرأته الخ » هذا الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب لأنه متهم بقصد حرمانها الميراث فلم يبطل كما لو طلقها فى مرضه

(٤) قوله « وان أقر العبد الخ » إذا أقر بحد أو طلاق أو قصاص فيما دون النفس أخذ به على المذهب وعليه أكثر الأصحاب لأن ذلك يستوفى من دونه وذلك له دون سيده لأن السيد لا يملك منه إلا المال و لقوله عليه الصلاة والسلام الطلاق =

يؤخذ به فى الحال(١) وان أقر السيد عليه بذلك لم يقبل الا فيما يوجب القصاص فيقبل فيما يجب به من المال(٢). وان أقر العبد غير المأذون له بمال لم يقبل فى الحال ويتبع به بعد العتق(٣) وعنه يتعلق برقبته وان أقر السيد عليه بمال أو ما

= لمن أخذ بالساق ومن ملك الانشاء ملك الاقرار به ويؤخذ به فى الحال وقيل لا يصح اقراره بقود فى النفس فما دونها واختاره القاضى أبو يعلى وإذا أقر بقصاص فى النفس لم يقتص منه فى الحال ويتبع به بعد العتق على الصحيح من المذهب نص عليه وبه قال زفر والمزنى وداود وابن جرير الطبرى لأنه يسقط حق سيده باقراره فأشبه الاقرار بقتل الخطأ ولأنه يتهم فى أن يقر لرجل ليعفو عنه ويستحق أخذه فيخلص بذلك من سيده واختار أبو الخطاب يصح اقراره به ويؤخذ به فى الحال واختاره ابن عقيل وهو قول مالك والشافعى وأبى حنيفة لأنه أحد نوعى القصاص فصح به كما دون النفس وليس للمقر له العفو على رقبته أو مال على الثانى قاله المصنف والشارح

(١) قوله « وقال أبو الخطاب يؤخذ به فى الحال » قال المصنف والشارح وصاحب الفروع وغيرهم وينبغى أن لا يصح عفو ولى الجناية على رقبته أو مال على هذا القول إلا باختيار سيده لئلا يفضى إلى إيجاب المال على سيده بإقرار غيره

[فائدة] لا يقبل اقرار العبد بجناية الخطأ ولا شبه العمد ولا بجناية عمد موجبها المال كالجائفة والمأمومة لأنه إيجاب حق فى رقبته وذلك يتعلق بحق الولى

(٢) قوله « وان أقر السيد عليه الخ » يعنى ان أقر على عبده بما يوجب القصاص لم يقبل منه فى القصاص ويقبل منه فيما يجب به من المال فيؤخذ منه دية ذلك وهو أحد الوجهين لأن المال للسيد ولا يقبل فى القصاص لأن البدن للعبد لا للسيد والصحيح من المذهب أن اقرار السيد على عبده فيما لا يوجب مالا لا يقبل مطلقا وانما يقبل اقراره فيما يوجب مالا كالخطأ ونحوه

(٣) قوله « وان أقر العبد غير المأذون له الخ » وهذا المذهب لأنه تصرف فيما هو حق للسيد وأما بعد العتق فيتبع به عملا باقراره وعنه يتعلق برقبته كجنايته اختاره الخرقى وغيره وتقدم فى آخر الحجر اقرار العبد المأذون له فى كلام المصنف فليعاود

يوجبه لجناية الخطإ قبل وان أقر العبد بسرقة مال فى يده وكذبه السيد قبل إقراره فى القطع دون المال (١) وان أقر السيد لعبده أو العبد لسيده بمال لم يصح (٢) وان أقر أنه باع عبده من نفسه بألف وأقر العبد به ثبت المال (٣) وان أنكر عتق ولم يلزمه الالف وان أقر لعبد غيره بمال صح وكان لمالكه وان أقر لبهيمة لم يصح. وان تزوج مجهولة النسب فأقرت بالرق لم يقبل اقرارها (٤) وعنه يقبل فى نفسها ولا يقبل فى فسخ النكاح ورق الاولاد. وان أولدها بعد الاقرار ولدا كان رقيقا (٥). وإذا أقر بولد أمته انه ابنه ثم مات ولم يبين هل أتت به فى

---

(١) قوله « وان أقر العبد بسرقة مال الخ » هذا المذهب نص عليه وسواء كان ما أقر بسرقته باقياً أو تالفاً فى يد السيد أو يد العبد قال أحمد فى عبد أقر بسرقة مال فى يده ان أقر بسرقة ذلك من رجل والرجل يدعى ذلك والسيد يكذبه فالدراهم لسيده ويقطع العبد ويتبع بذلك بعد العتق. وللشافعى فى وجوب المال فى هذه الصورة وجهان وقيل لا يقطع لأن ذلك شبهة فيدرأ بها القطع لكونه حداً يدرأ بالشبهات وهذا قول أبى حنيفة وذلك لأن العين التى أقر بسرقتها لم يثبت حكم السرقة فيها فلا يثبت حكم القطع فيها

[فائدتان] لو أقر المكاتب بالجناية تعلقت بذمته والصحيح من المذهب وبرقبته أيضا وقيل لا تتعلق برقبته ولا يقبل إقرار سيده عليه بذلك

(الثانية) إذا أقر العبد برقه لغير من هو فى يده لم يقبل إقراره لأنه إذا شاء أقر لغير سيده فأبطل ملكه

(٢) قوله « وان أقر السيد لعبده الخ » هذا المذهب لأن مال العبد لسيده

(٣) قوله « وان أقر أنه باع عبده من نفسه الخ » هذا المذهب وقطع به الأصحاب لأنه أقر لعبده بسبب العتق فعتق وتبقى دعواه عليه لا تلزمه كما لا تلزم غيره لكن يلزم العبد أن يحلف على الصحيح من المذهب

(٤) قوله « وان تزوج مجهولة النسب الخ » هذا المذهب لأن الحرية حق لله تعالى فلم ترتفع بقول أحد كالاقرار على حق الغير. وعنه تقبل فى نفسها لانتفاء التهمة كما لو أقرت بمال ولا يقبل فى فسخ النكاح ورق الأولاد لأن ذلك حق للزوج

(٥) قوله « وان أولدها بعد الاقرار الخ » لأنه حدث بعد ثبوت رقها ومراده ان لم تكن حاملا وقت الاقرار فان كانت حاملا وقت الاقرار فهو حر

ملكه أو غيره فهل تصير أم ولد ؟ على وجهين(١)

فصل

وإذا أقر الرجل بنسب صغير أو مجنون مجهول النسب انه ابنه ثبت نسبه منه(٢) وان كان ميتا ورثه(٣) وان كان كبيرا عاقلا لم يثبت حتى يصدقه(٤) وان كان ميتا فعلى وجهين(٥). ومن ثبت نسبه فجاءت أمه بعد موت المقر فادعت

---

(١) قوله « وان أقر بولد أمته الخ » أحدهما لا تصير أم ولد لاحتمال انها أتت به فى غير ملكه والثانى بلى لأنه أقر لولدها وهى فى ملكه فالظاهر أنه استولدها وهى فى ملكه

(٢) قوله « واذا أقر الرجل بنسب صغير الخ » وهذا المذهب لأن الظاهر ان الشخص لا يلحق به من ليس منه كما لو أقر بمال . ويشترط للاقرار بالنسب شروط : أحدها أن يقر على نفسه خاصة . الثانى أن يقر عليه وعلى غيره وان أقر على نفسه خاصة بنسب ولد فلابد أن يكون المقر به مجهول النسب الثانى أن لا ينازعه فيه منازع لأنه إذا نازعه فيه غيره تعارضا فلم يكن الحاقه بأحدهما أولى من الآخر. الثالث أن يمكن صدقه بأن يكون المقر به يولد لمثل المقر . الرابع أن يكون مما لاقول له كالصغير والمجنون أو يصدق المقر ان كان ذا قول وهو المكلف فان كان غير مكلف لم يعتبر تصديقه فان كبر وعقل فأنكر لم يسمع انكاره لأن نسبه ثابت

(٣) قوله « وان كان ميتاً ورثه » يعنى بالميت الصغير أو المجنون وهذا المذهب لأنه ثبت نسبه وبهذا قال الشافعى ويحتمل أن يثبت نسبه دون ميراثه لأنه متهم فى قصد أخذ ميراثه قال فى الانصاف وهو الصواب . وقال أبو حنيفة لا يثبت نسبه ولا ميراثه

(٤) قوله « وان كان كبيراً الخ » أى لأن له قولا صحيحا فاعتبر اقراره بتصديقه وحينئذ اذا صدقه ثبت نسبه ولو كان بعد موت المقر لأن بتصديقه يحصل اتفاقهما على التوارث من الطرفين جميعاً

(٥) قوله « وان كان ميتاً الخ » أحدهما يثبت نسبه وهو المذهب لأنه لاقول له أشبه الصغير . والثانى لا لأن نسب المكلف لا يثبت إلا بتصديقه ولم يوجد

الزوجية لم يثبت بذلك[١]. وان أقر بنسب أخ أو عم فى حياة أبيه أو جده لم يقبل وان كان بعد موتهما وهو الوارث وحده صح اقراره وثبت النسب[٢] وان كان معه غيره لم يثبت النسب وللمقر له من الميراث ما فضل فى يد المقر وان أقر من عليه ولاء بنسب وارث لم يقبل اقراره الا ان يصدقه مولاه[٣]

---

(١) قوله « ومن ثبت نسبه الخ » أى لأنها مجرد دعوى فلم يثبت بها زوجية كما لو كان حيا ولأنه يحتمل أن يكون بوطء شبهة أو من نكاح فاسد

[فائدة] إذا أقر رجل بنسب صغير لم يكن مقراً بزوجية أمه وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة إذا كانت مشهورة بالحرية كان مقراً بزوجيتها لأن أنساب المسلمين وأحوالهم يجب حملها على الصحة وهو أن يكون ولدته منه فى نكاح صحيح . ولنا أن الزوجية ليست تقتضى لفظه ولا مضمونه فلم يكن مقراً بها كما لو لم تكن معروفة بالحرية

(٢) قوله « وان أقر بنسب أخ الخ » انما لم يقبل اقراره فى حياتهما لأنه يقر على غيره فلا يقبل فان كان بعد الموت وهو الوارث وحده قبل إقراره وثبت النسب سواء كان المقر واحداً أو جماعة ذكراً أو أنثى وبه قال الشافعى وأبو يوسف وحكاه عن أبى حنيفة لأن الوارث يقوم مقام الموروث فى ديونه والديون التى عليه فان كان الميت قد نفاه لم يثبت نسبه وان كان معه شريك فى الميراث لم يثبت النسب لأنه لا يثبت فى حق شريكه فوجب أن لا يثبت فى حقه وقد دل على ثبوت النسب بإقرار الواحد إذا كان وارثاً حديث عائشة رضى الله عنها أن سعد بن أبى وقاص اختصم هو وعبد بن زمعة فى ابن أمة زمعة فقال سعد أوصانى عتبة اذا قدمت أن أنظر إلى ابن أمة زمعة وأقبضه فانه ابنه فقال عبد بن زمعة أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه فقال رسول الله ﷺ « هو لك يا عبد بن زمعه الولد للفراش وللعاهر الحجر » فقضى به لعبد بن زمعة وقال احتجبى منه يا سودة والمشهور عن أبى حنيفة أنه لا يثبت الا بإقرار رجلين أو رجل وامرأتين وقال مالك لا يثبت إلا باقرار اثنين لانه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه العدد كالشهادة وقد تقدم فى باب الاقرار بمشارك فى الميراث ما فيه كفاية فليعاود

(٣) قوله « وان أقر من عليه ولاء الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب ونص عليه لأن الحق لمولاه فلا يقبل اقراره بما يسقطه وخرج فى المحرر وغيره يقبل اقراره واختاره الشيخ تقى الدين قال فى الانصاف وهو قوى جداً

وان أقرت المرأة بنكاح على نفسها فهل يقبل؟ على روايتين(١) وان أقر الولى عليها به قبل ان كانت مجبرة والا فلا(٢). وان أقر ان فلانة امرأته أو أقرت ان فلانا زوجها فلم يصدق المقر له المقر الا بعد موت المقر صح وورثه(٣) وان

[فائدة] اذا أقر رجل بحرية عبد ثم اشتراه عتق فى الحال ويكون البيع صحيحا بالنسبة الى البائع لانه محكوم له برقه وفى حق المشترى للاستنقاذ فاذا صار العبد فى يده حكم بحريته لاقراره السابق والولاء موقوف فان مات وخلف مالا فرجع أحدهما عن إقراره فالمال له لان أحداً لا يدعيه سواه وان رجعا معاً احتمل أن يوقف حتى يصطلحا عليه لأنه لاحدهما ولا تعرف عينه واحتمل أن من هو فى يده يأخذه ويحلف لانه منكر

(١) قوله « وان أقرت المرأة بنكاح الخ » أحـــدهما تقبل لزوال التهمة باضافة الاقرار إلى شرائطه وهو الصحيح من المذهب ولانه حق علها فقبل كما لو أقرت بمال والثانية لا تقبل لانها تدعى النفقة والكسوة فلا تقبل

[فائدة] لو ادعى الزوجية اثنان وأقرت لهما وأقاما بينتين قدم اسبقهما فان جهل عمل بقول الولى ذكره فى المهج والمنتخب ونقله الميمونى وقدمه فى الفروع وقال فى الرعاية يعمل بقول الولى المجبر انتهى وان جهله فسخا نقله الميمونى وقال فى المغنى يسقطان ويحال بينهما وبينها ولم يذكر الولى انتهى . ولا يحصل الترجيح باليد على الصحيح من المذهب وقال الشيخ تقى الدين مقتضى كلام القاضى انها إذا كانت بيد أحدهما مسئلة الداخل والخارج

(٢) قوله « وان أقر الولى الخ » لأن المرأة لا قول لها فى حال الإجبار وان لم تكن مجبرة وأنكرت الإذن فى النكاح لم يقبل قوله عليها به قولا واحداً وان كانت مقرة بالإذن فيه فالصحيح من المذهب ان اقرار وليها عليها به صحيح مقبول نص عليه وقيل لا يقبل

(٣) قوله « وان أقر أن فلانة امرأته الخ » شمل مسئلتين احداهما أن يسكت المقر له إلى بعد موت المقر ثم صدقه فهنا يصح تصديقه ويرثه على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وفيها تخريج بعدم الارث .الثانية ان يكذبه المقر له فى حياة المقر ثم يصدقه بعد موته فهنا لا يصح تصديقه ولا يرثه فى أحد الوجهين وجزم به فى الوجيز قال الناظم وهو أقوى لأنه إذا كذبه فى حياته فهو متهم لحصول ماينافيه ==

أقر الورثة على موروثهم بدين لزمهم قضاؤه من التركة وان أقر بعضهم لزمه منه بقدر ميراثه فان لم يكن له تركة لم يلزمهم شيء

فصل

وإذا أقر لحمل امرأة صح فان ألقته ميتا أو لم يكن حمل بطل وان ولدت حيا وميتا فهو للحي وان ولدتهما حيين فهو بينهما سواء الذكر والانثى ذكره ابن حامد وقال ابو الحسن التميمي لا يصح الاقرار الا ان يعزوه الى سبب من ارث أو وصية فيكون بينهما على حسب ذلك . ومن أقر لكبير عاقل بمال فلم يصدقه بطل إقراره فى أحد الوجهين وفى الآخر يؤخذ المال الى بيت المال

باب مايحصل به الاقرار(١)

اذا ادعى عليه الفا فقال نعم أو أجل أو صدق أو انا مقر بها أو بدعواك

= قبله . والثاني يصح تصديقه ويرث وهو ظاهر كلام المصنف هنا قال فى الروضة الصحة قول أصحابنا لأنه وجد كل منهما بشرطه إذ ليس من شرط التصديق الفورية وقال القاضي وغيره إذا أقر أحدهما بزوجية الآخر فجحده ثم صدقه حل له بنكاح جديد

[فائدة] فى صحة اقرار مزوجة بولد روايتان احداهما يلحقها وهو المذهب جزم به فى المحرر فيما يلحق من النسب قال فى الرعاية الكبرى وان أقرت مزوجة بولد لحقها دون زوجها واهلها كغير المزوجة وعنه لا يصح اقرارها

على قوله « لزمهم قضاؤه من التركة » * بلا نزاع

على قوله « وان أقر بعضهم لزمه منه بقدر ميراثه » * هذا المذهب مطلقاً لأنه لا يستحق أكثر من ذلك كما لو أقر الورثة كلهم فاذا ورث النصف فنصف الدين ومراده اذا أقر من غير شهادة فأما إذا شهد منهم عدلان أو عدل ويمين فان الحق يثبت

(١) قوله « باب ما يحصل به الاقرار » [تنبيه] تقدم فى صريح الطلاق =

كان مقرا[1] وان قال انا اقر ولا أنكر[2] أو يجوز ان يكون محقا[3] أو عسى أو لعل أو أظن أو أحسب أو أقدر أو خذ أو اتزن أو أحرز أو افتح كمك لم يكن مقرا . وان قال انا مقر أو خذها أو اتزنها أو اقبضها أو أحرزها أو هي صحاح فهل يكون مقرا ؟ يحتمل وجهين[4] وان قال له علي ألف ان شاء

= وكتابته هل يصح الاقرار بالخط وتقدم أيضاً في أول كتاب الاقرار

(١) قوله « واذا ادعى عليه ألفاً الخ » هذا بلا نزاع لأن هذه الألفاظ وضعت للتصديق ولو قال أليس عليك كذا قال بلى كان اقراراً صحيحاً

(٢) قوله « وان قال أنا أقر ولا أنكر » لم يكن مقراً وهو المذهب لأن قوله أنا أقر وعد بالاقرار والوعد بالشيء لا يكون إقراراً به وفي لا أنكر لأنه لا يلزم من عدم الانكار الاقرار فان بينهما قسما آخر وهو السكوت عنهما

(٣) قوله « وان قال يجوز الخ » هذا بلا نزاع لأن قوله يجوز أن تكون محقا يجوز ان لا يكون محقاً لأنه لا يلزم من جواز الشيء وجوبه . وقوله عسى أو لعل لأنهما وضعا للشك وقوله أظن الخ فانها تستعمل في الشك أيضاً وقوله خذ لأنه يحتمل خذ الجواب مني وقوله اتزن أي احرز مالك على غيري وقوله افتح كمك لأنه يستعمل استهزاء لا إقراراً وكذا قوله اختم عليه الخ

(٤) قوله « وان قال أنا مقر الخ » أحدهما يكون مقراً وهو المذهب واختاره الشيخ تقي الدين لأنه عقب الدعوى فيصرفه اليها ولأن الضمير يرجع إلى ما تقدم والوجه الثاني لا يكون مقراً جزم به في المنور وجزم به الناظم في غير قوله إني مقر لأنه لم يقر بوجوبه لأنه يجوز أن يعطيه ما يدعيه من غير أن يكون واجباً عليه فأمره بأخذها أولى ان لا يلزم منه الوجوب ولأنه يحتمل اني مقر بالشهادة أو ببطلان دعواك

[فوائد] قال ابن الزاغوني قوله كاني جاحد لك أو كاني جحدتك حقك أقوى في الاقرار من قوله خذه

(الثانية) لو قال اليس لي عليك الف فقال نعم لم يكن مقراً قال في الفروع ويتوجه ان يكون مقراً من عامي كقوله عشرة غير درهم يلزمه تسعة قال في =

الله[1] أو فى علمى أو فى ما أعلم[2] او قال اقضنى دينى عليـــك ألفا أو أسلم الى ثوبى هــــذا أو فرسى هذه فقال نعم فقد أقر بها[3]. وان قال ان قدم فلان فله على ألف لم يكن مقرا[4] وان قال له على ألف ان قدم فعـــلى

= الانصاف هذا التوجيه عين الصواب الذى لاشك فيه ونظائره كثيرة ولا يعرف ذلك إلا الحذاق من اهل العربية فكيف يحكم بأن العامى يكون كذلك هـذا من ابعد ما يكون وفى نهاية ابن رزين اذا قال لى عليك فقال بلى او نعم فمقر وفى عيون المسائل لفظ الاقرار يختلف باختلاف الدعوى فاذا قال لى عليك كذا فجوابه نعم وكان اقراراً

(الثالثة) لو قال اعطنى ثوبى هذا أو اشتر ثوبى هذا او اعطنى الفاً من الذى لى عليك او قال ألى عليك الف او هل لى عليك الف فقـال فى ذلك كله نعم او امهلنى يوماً او حتى افتح الصندوق او قال له على الف إلا ان يشاء زيد وإلا أن أقوم أو فى علم الله فقد أقر به فى ذلك كله . وان قال له على الف فيما أظن لم يـكن مقراً

(١) قوله « وان قال له على الف ان شاء الله » فقد أقر بها نص عليه وكذا ان قال له على الف لا تلزمنى إلا أن يشاء الله وهو المذهب فيهما وعليه الأصحاب وهو من مفردات المذهب فى قوله إلا أن يشاء الله . وقال أصحاب الشافعى لا يكون إقراراً لأنه علق اقراره على شرط فلم يصح كما لو علقه على مشيئة زيد . ولنـا أنه وصل اقراره بما لا يرفعه ولا يصرفه الى غير الاقرار فلزمه ما أقر به وبطل ما وصل به كما لو قال له على الف الا الفا ولأنه عقب الاقرار بما لا يفيد حكما

[فائدة] لو قال بعتك أو زوجتك أو قبلت ان شاء الله صح كالاقرار قال فى عيون المسائل كما لو قال أنا صائم غداً ان شاء الله تصح نيته وصومه ويكون ذلك تأكيداً

(٢) قوله « أو فى علمى الخ » أى لأن ما علمه لا يحتمل غير الوجوب

(٣) قوله « أو قال اقضنى دينى » الخ أى لأنه جواب صريح

(٤) قوله « وان قال ان قدم فلان الخ » يعنى إذا قدم الشرط وكذا فى نظائره وهذا المذهب لأنه ليس بمقر فى الحال وما لا يصير واجبا فى الحال لا يصير واجباً عند وجوب الشرط لأن الشرط لا يقتضى إيجاب ذلك وقيل يصح فى قوله ان جاء وقت كذا فعلى لفلان كذا وسيحكى المصنف الخلاف فى نظائرها

وجهين(١) وان قال له على ألف اذا جاء رأس الشهر كان اقرارا(٢) وان قال اذا جاء رأس الشهر فله على ألف فعلى وجهين(٣). وان قال له على ألف ان شهد به فلان أو ان شهد به فلان صدقته لم يكن مقرا(٤) وان قال ان شهد به فلان فهو صادق احتمل وجهين(٥) وان أقر العربى بالعجمية أو العجمى بالعربية وقال لم أدر معنى ما قلت فالقول قوله مع يمينه

---

(١) قوله «وان قال له على الف الخ» يعنى ان أخر الشرط. أحدهما لا يكون مقراً وهو المذهب كالتى قبلها وقدمه فى المغنى ونصره والثانى يكون مقراً وهو ظاهر كلامه فى الوجيز واختاره القاضى لأنه قدم الاقرار فيثبت حكمه وبطل الشرط لأنه لا يصلح أن يكون اجلا ولأن الحق الثابت فى الحال لا يقف على شرط فيسقط

[فائدة] مثل ذلك فى الحكم لو قال له على الف ان جاء المطر أو شاء فلان خلافاً ومذهباً

(٢) قوله «وان قال له على الف اذا جاء الخ» وهذا المذهب وعليه الأصحاب وهو منصوص الشافعى لأنه بدأ بالاقرار فعمل به، وقوله إذا جاء رأس الشهر يحتمل انه أراد المحل فلا يبطل الاقرار بأمر محتمل

[فائدة] لو فسره بأجل أو وصية قبل منه

(٣) قوله «وان قال اذا جاء رأس الشهر الخ» أحدهما لا يكون مقراً وهو المذهب وعليه جماهير الأصحاب وهو منصوص الشافعى لأنه بدأ بالشرط وعلق عليه لفظا يصلح للاقرار ويصلح للوعد فلا يكون اقراراً مع الاحتمال، والثانى بلى كالتى قبلها وصححه فى التصحيح. قال الشارح ويحتمل أنه لا فرق بينهما لأن تقديم الشرط وتأخيره سواء فيكون فيهما جميعاً وجهان

(٤) قوله «وان قال له على الف ان شهد به فلان الخ» هذا المذهب لأنه علقه على شرط ولأنه يجوز أن يصدق الكاذب وقيل يكون مقراً اختاره القاضى

(٥) قوله «وان قال ان شهد به فلان الخ» أحدهما لا يكون مقراً وهو المذهب لأنه علقه على شرط والثانى يكون مقراً فى الحال وان لم يشهد بها عليه لأنه لا يتصور صدقه إلا مع ثبوته فيصح إذاً صححه فى التصحيح وتصحيح المحرر والنظم وجزم به فى الوجيز

باب الحكم فيما إذا وصل باقراره ما يغيره

اذا وصل به ما يسقطه مثل ان يقول له على ألف لا تلزمنى أو قد قبضه أو استوفاه أو ألف من ثمن خمر اوتكفلت به على انى بالخيار أو ألف الا ألفا أو إلا ستمائة لزمه الالف [1] وان قال كان له على ألف وقضيته أو قضيت منه خمسمائة فقال الخرقى ليس باقرار والقول قوله مع يمينه[2] وقال أبو الخطاب يكون مقرا مدّعيا للقضاء فلا يقبل الا ببينة[3] فان لم يكن بينة حلف المدعى انه لم يقض ولم يبرأ واستحق وقال هذا رواية واحدة ذكرها ابن أبى موسى

---

(١) قوله « إذا وصل باقراره ما يسقطه مثل أن يقول الخ » وهذا المذهب فى ذلك كله وهو قول أبى حنيفة وأحد قولى الشافعى لأن هذا يناقض ما أقر به فلم يقبل أو نقول رفع جميع ما أقر فلم يقبل كاستثناء الكل

[فائدتان] مثل ذلك فى الحكم لو قال له على الف من ثمن مبيع تلف قبل قبضه أو لم أقبضه أو مضاربة تلفت وشرط على ضمانها مما يفعله الناس عادة مع فساده

(الثانية) لو قال على من ثمن خمر الف لم تلزمه وجهاً واحداً أعنى اذا قدم قوله على من ثمن خمر على قوله الف

(٢) قوله « وان قال كان له الخ » ما قاله الخرقى هو المذهب اختاره القاضى وقال لم أجد عن أحمد رواية بغير هذا قال الزركشى هذا منصوص أحمد فى رواية جماعة لأنه كلام متصل تمكن صحته ولا تناقض فيه فوجب أن يقبل كاستثناء البعض وفارق المنفصل لأن حكم الأول قد استقر بسكوته عليه فلا يمكن رفعه بعد استقراره ولذلك لا يرتفع بعضه باستثناء ولا غيره فما يأتى بعده من دعوى القضاء تكون دعوى مجردة لا تقبل إلا ببينة ، وأما استثناء الكل فتناقض ، وعنه يقبل قوله فى الخمسمائة فقط مع يمينه

(٣) قوله « وقال أبو الخطاب الخ » وهذا قول أبى حنيفة لأنه أقر بالدين وادعى القضاء بكلام منفصل ولأنه رفع جميع ما أثبته فلم يقبل كاستثنائه الكل وللشافعى قولان كالمذهبين

فصل

«ويصح استثناء ما دون النصف[١] ولا يصح فيما زادعليه[٢] وفى استثناء النصف

---

(١) قوله «ويصح استثناء ما دون النصف» تقدم حكم الاستثناء فى باب الاستثناء فى الطلاق ويعتبر أن لا يسكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه على الصحيح من المذهب قال الناظم وغيره وعليه الاصحاب ونص عليه وذكر فى الواضح رواية لابن الزاغونى يصح وان أمكنه وظاهر كلامه فى المستوعب أنه كالاستثناء فى اليمين على ماتقدم فى كتاب الايمان وذكره الشيخ تقى الدين واختار أن المتقارب متواصل

(٢) قوله «ولا يصح فيما زاد على النصف» هذا المذهب وعليه جماهير الاصحاب وقال المصنف فى المغنى لا يختلف المذهب فيه وهو من مفردات المذهب وقيل يصح استثناء الاكثر اختاره أبو بكر الخلال، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى وأصحابهم يصح استثناء ما دون الكل فلو قال له على مائة إلا تسعة وتسعين لم يلزمه إلا واحداً بدليل قوله ﴿قال فبعزتك لاغوينهم أجمعين إلا عبادك منهم المخلصين﴾ وقوله ﴿إن عبادى ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين﴾ وأيهما كان أكثر فقد دل على استثناء الأكثر وأنشدوا :

أدوا التى نقصت تسعين من مائة ... ثم ابعثوا حكما بالقسط قواما

فاستثنى تسعين من مئة لأنه فى معنى الاستثناء ولأنه استثنى البعض فجاز كالأقل ولنا أنه لم يرد فى لسان العرب الا استثناء القليل من الكثير، ولو قال قائل مئة إلا تسعة وتسعين لم يكن متكلما بالعربية وكان عياً من الكلام، ويقال صمت الشهر إلا يوماً ولايقال صمت الشهر إلا تسعة وعشرين يوما وإذا لم يكن صحيحاً فى الكلام لم يرتفع به ما اقر به كاستثناء الكل. وأما ما احتجوا به من التنزيل فانه فى الآية الأولى استثنى المخلصين من بنى آدم وهم الأقل كما قال ﴿إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ماهم﴾ وفى الأخرى استثنى الغاوين من العباد وهم الأكثر. أجيب عنه بأنه استثنى المخلصين من بنى آدم وهم أقل والغاوين من العباد وهم أقل لأن الملائكة كلهم طائعون والبيت ليس فيه استثناء مع ان ابن فضال النحوى قال هو بيت مصنوع لم يثبت عن العرب

وجهان(١) فاذا قال له على هؤلاء العبيد العشرة الا واحدا لزمه تسليم تسعة(٢) فان ماتوا الا واحدا فقال هو المستثنى فهل يقبل؟ على وجهين(٣). وان قال له هذه الدار الاهذا البيت أو هذه الدار له وهذا البيت لى قبل منه(٤) واذا قال له على درهمان وثلاثة الا درهمين(٥) أو له على درهم ودرهم الا درهما فهل يصح

---

(١) قوله « وفى استثناء النصف وجهان » أحدهما يصح وهو المذهب لأنه ليس بالأكثر ، والوجه الثانى لا يصح قال الشارح وابن منجا فى شرحه وشارح الوجيز هذا أولى وصححه الناظم واختاره ابو بكر ، وقال ابن عقيل : وقال طائفة الاستثناء جائز ما لم يبلغ النصف والثلث وبه أقول انتهى لأنه لم يأت فى لسانهم إلا استثناء القليل من الكثير

[فائدة] حكم الاستثناء بسائر أدواته حكم الاستثناء بالا

(٢) قوله « فاذا قال له على هؤلاء الخ » أى لأنه استثنى الأقل ويرجع فى تعيين المستثنى اليه لأنه أعلم بمراده

(٣) قوله « فان ماتوا الخ » أحدهما يقبل قوله وهو المذهب اختاره القاضى وغيره وصححه المصنف والشارح لأنه يحتمل ما قاله ، والثانى لا يقبل اختاره أبو الخطاب

[فائدة] لو قال غصبتهم إلا واحداً فماتوا أوقتلوا إلا واحداً صح تفسيره به ، وإن قال غصبت هؤلاء العبيد إلا واحداً صدق فى تعيين الباقى

(٤) قوله « وان قال له هذه الدار الخ » هذا بلا نزاع ولو كان أكثرها وان قال له هذه الدار نصفها صح وكذا نحوه لان هذا بدل البعض وهو سائغ كقوله تعالى ﴿ قم الليل إلا قليلا نصفه ﴾

(٥) قوله « وإذا قال له على درهمان الخ » الصحيح من المذهب انه لا يصح الاستثناء لرفع إحدى الجملتين لان عوده إلى ما يليه متيقن وما زاد مشكوك فيه فعلى هذا يكون قد استثنى الاكثر أو الكل وكلاهما باطل ، والوجه الثانى يصح صححه فى التصحيح والنظم وجزم به فى الوجيز وتذكرة ابن عبدوس قال فى الانصاف وهو الصواب لان العطف جعل الجملتين كجملة واحدة فعاد الاستثناء اليهما كقوله عليه الصلاة والسلام « لا يؤمن الرجل فى بيته ولا يجلس على تكرمته إلا بإذنه »

الاستثناء؟على وجهين[١]. وان قال له على خمسة الا درهمين ودرهما لزمته الخمسة فى أحد الوجهين[٢] وفى الآخر يلزمه ثلاثة[٣] ويصح الاستثناء من الاستثناء[٤] فاذا قال له على سبعة الا ثلاثة الا درهما لزمه خمسة[٥] وان قال له على عشرة إلا خمسة إلا ثلاثة إلا درهما لزمته عشرة فى أحد الوجوه وفى الآخر لزمه ستة وفى الآخر سبعة وفى الآخر ثمانية ولا يصح الاستثناء من غير الجنس نص عليه[٦] فاذا قال له على مائة درهم الا ثوبا لزمته المائة الا ان يستثنى عينا

---

(١) قوله « أو له على درهم ودرهم الخ » قال فى الانصاف ان قلنا لا يصح استثناء النصف فهنا لا يصح بطريق الأولى وان قلنا يصح فيتوجه فيها وجهان كالتى قبلها هذا ما ظهر لى وان كان ظاهر كلام المصنف والمجد الاطلاق . انتهى

(٢) قوله « وان قال له على خمسة الخ » وهو المذهب جمعا للمستثنى لأنهما صارا لجملة واحدة

(٣) قوله « وفى الآخر الخ » لأنهما لا يصيران جملة فبطل الاستثناء الثانى لئلا يكون مستثنياً للأكثر

(٤) قوله « ويصح الاستثناء من الاستثناء » وذلك لقوله تعالى ﴿ إنا أرسلنا إلى قوم مجرمين إلا آل لوط إنا لمنجوهم أجمعين إلا امرأته ﴾

(٥) قوله « فاذا قال له على سبعة الخ » لأنه من الاثبات نفى ومن النفى إثبات وجزم به فى المغنى والشرح والمحرر والفروع وغيرهم لأنه أثبت سبعة ثم نفى منها ثلاثة ثم أثبت واحداً وبقى من الثلاثة المنفية درهمان مستثنيان من السبعة فيكون مقراً بخمسة

(٦) قوله « ولا يصح الاستثناء من غير الجنس نص عليه » وهو المذهب وبهذا قال زفر ومحمد بن الحسن . وقال أبو حنيفة ان استثنى مكيلا أو موزوناً جاز وان استثنى عبداً أو ثوباً من مكيل أو موزون لم يجز وقال مالك والشافعى يصح الاستثناء من غير الجنس مطلقاً لأنه ورد فى الكتاب العزيز ولغة العرب قال الله تعالى ﴿ وإذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا إبليس كان من الجن ﴾ وقال تعالى ﴿ لا يسمعون فيها لغواً ولا تأثيما إلا قيلا سلاماً سلاماً ﴾ ، وقال الشاعر :

من ورق أو ورقا من عين فيصح ذكره الخرقى[1] وقال أبو بكر لا يصح[2] فاذا قال له على مائة درهم الا دينارا فهل يصح؟ على وجهين

فصل

واذا قال له على ألف ثم سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه ثم قال زيوفا أو صغارا أو الى شهر لزمه ألف جياد وافية حالة[3] الا ان يكون فى بلد

وبلدة ليس بها أنيس إلا اليعافير وإلا العيس

ولنا ان الاستثناء صرف اللفظ عما كان يقتضيه لولاه لأنه مشتق من قولهم ثنيت فلاناً عن رأيه إذا صرفته عما كان عليه وغير الجنس المذكور ليس بداخل فى الكلام فاذا ذكره فما صرف الكلام عن صوبه ولا ثناه عن وجه استرساله فلا يكون استثناء وإنما سمى استثناء تجوزاً وانما هو فى الحقيقة استدراك . والا ههنا بمعنى لكن . هكذا قال أهل العربية منهم ابن قتيبة وحكاه عن سيبويه وهذا جواب قوله تعالى ﴿ وإذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا إبليس كان من الجن ﴾ ، و ﴿ لا يسمعون فيها لغواً ولا تأثيما إلا قيلا سلاماً سلاماً ﴾ ، وقول الشاعر : وبلدة ليس بها أنيس الخ

(١) قوله « إلا أن يستثنى عيناً الخ » ما قاله الخرقى فى إحدى الروايتين اختاره أبو حفص العكبرى وصاحب التبصرة قال فى الانصاف وهو الصواب لأنهما كالجنس الواحد لاجتماعهما فى أنهما قيم المتلفات وأروش الجنايات ويعبر بأحدهما عن الآخر وتعلم قيمته منه فأشبها النوع الواحد

(٢) قوله « وقال أبو بكر لا يصح » وهو رواية عن أحمد وهو المذهب لاختلاف جنسهما

(٣) قوله « فاذا قال له على الف الخ » لأن الاطلاق يقتضى ذلك كما لو باعه بألف درهم وأطلق فانه يلزمه له ذلك فاذا استقرت فى ذمته كذلك فلا يمكن من تغييرها ولا فرق فى الاقرار بها ديناً أو وديعة أو غصباً . وقال أبو حنيفة يقبل إقراره فى الغصب والوديعة كما لو أقر بغصب عبد ثم جاء به معيباً . وجوابه ان العيب لا يمنع اطلاق اسم العبد عليه بخلاف مسئلتنا

أوزانهم ناقصة او مغشوشة فهل يلزمه من دراهم البلد أو من غيرها ؟ على وجهين(١) . وان قال له على ألف الى شهر فأنكر المقر له الاجل لزمه مؤجلا(٢) ويحتمل ان يلزمه حالا . وان قال له على ألف زيوف وفسره بما لا فضة فيه لم يقبل فان فسره بمغشوشة قبل وان قال له علىّ دراهم ناقصة لزمته ناقصة وان قال له عندى رهن وقال المالك وديعة فالقول قول المالك مع يمينه(٣) وان قال له على ألف من ثمن مبيع لم أقبضه وقال المقر له بل هو دين فى ذمتك فعلى وجهين(٤) . فان قال له عندى ألف وفسره بدين او وديعة قبل منه(٥)

---

(١) قوله « الا أن يكون فى بلد الخ » أحدهما يلزمه من دراهم البلد وهو المذهب لأن مطلق كلامهم يحمل على عرف بلدهم كما فى البيع والصداق

(٢) قوله « وان قال له على الف الخ » هذا المذهب نص عليه وعليه الأصحاب لأنه هكذا أقر فعلى المذهب او عزاه الى سبب يقبل الأمرين قبل قوله فى الضمان وفى غيره وجهان والأشهر قبوله وصححه فى الانصاف

(٣) قوله « وان قال له عندى رهن الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب نقله احمد بن سعيد عن احمد لأن العين تثبت له بالاقرار وادعى المقر ديناً فكان القول قول من ينكره وكما لو ادعى ذلك بكلام منفصل وفيه تخريج من قوله كان له على وقضيته

(٤) قوله « وان قال له على الف من ثمن مبيع الخ » أحدهما القول قول المقر له صححه فى التصحيح وجزم به فى الوجيز وتذكرة ابن عبدوس لأنه اعترف له بالألف وادعى المقر له سبباً أشبه التى قبلها ، والثانى القول قول المقر قال ابن منجا فى شرحه هـــذا أولى قال القاضى هو قياس المذهب لأنه أقر بحق فى مقابلة حق لا ينفك أحدهما عن الآخر فاذا لم يسلم له ماله لم يسلم ما عليه كما لو قال بعتك هذا بكذا فقال بل ملكته بغير شىء فارق التى قبلها لأن الدين ينفك عن الرهن والثمن لا ينفك عن المبيع ولو قال الف من ثمن مبيع ثم سكت ثم قال لم أقبضه قبل كالمتصل لأن اقراره تعلق بالمبيع والأصل عدم القبض . ولو قال له على الف ثم سكت ثم قال من ثمن مبيع لم أقبضه لم يقبل

(٥) قوله « وان قال له عندى الف وفسره الخ » هذا بلا نزاع ولا نعلم فيه ═

وان قال له على ألف وفسره بوديعة لم يقبل[1] ولو قال له فى هذا المال ألف لزمه تسليمه وان قال له من مالى أو فى مالى أو فى ميراثى من أبى ألف أو نصف دارى هذه وفسره بالهبة وقال بدا لى من تقبيضه قبل[2] وان قال له فى ميراث أبى ألف فهو دين على التركة[3] وان قال له نصف هذه الدار فهو مقر بنصفها وان قال له هذه الدار عارية ثبت لها حكم العارية[4] وان أقر أنه

= خلافاً ذكره فى الشرح سواء فسره متصلا أو منفصلا لأنه فسر لفظه بأحد مدلوليه فقبل كما لو قال له على الف وفسره بدين فعلى هذا تثبت أحكام الوديعة بحيث لو ادعى تلفها أو ردا قبل

[فائدة] لو قال له عندى وديعة رددتها اليه أو تلفت لزمه ضمانها ولم يقبل قوله قدمه فى المغنى والشرح واختاره ابن رزين وقال القاضى يقبل وصححه الناظم

(١) قوله « وان قال له على الف الخ » هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب وهو قول أكثر العلماء لأن على للايجاب فى الذمة والاقرار فيه بظاهر اللفظ بدليل مالو قال ما على فلان على كان ضامناً فاذا فسره بالوديعة لم يقبل لأن تفسيره يناقض ظاهر اقراره وهذا اذا كان التفسير منفصلا فان كان متصلا قبل قولا واحداً لكن ان زاد فى المتصل وقد تلفت لم يقبل وقيل يقبل ولو كان منفصلا قال القاضى يقبل قوله على تأويل على حفظها و ردها ونحو ذلك

[فائدة] لو قال له عندى مائة وديعة بشرط الضمان لغى وصفه لها بالضمان وبقيت على الأصل

(٢) قوله « وان قال له من ميراثى الخ » هذا المذهب لأن التفسير يصلح ان يعود اليها من غير تناف . وذكر القاضى وأصحابه أنه لا يقبل وهو رواية عن أحمد

(٣) قوله « وان قال له فى ميراث أبى الخ » هذا المذهب لأن ذلك فى قوة قوله له على أبى دين كذا فلو فسره بانشاء هبة لم يقبل على الصحيح من المذهب

(٤) قوله « وان قال له هذه الدار عارية الخ » وكذا لو قال له هذه الدار هبة أو سكنى وهذا المذهب فيهما لاقراره بذلك فعارية بدل من الدار ولا يكون اقراراً بالدار لانه رفع بآخر كلامه ما دخل فى أوله وهو بدل اشتمال لان الاول =

وهب أو رهن وأقبض أو أقر بقبض ثمن أو غيره ثم أنكر وقال ما قبضت ولا أقبضت وسأل احلاف خصمه فهل تلزمه اليمين ؟ على وجهين[1] ومن باع شيئا ثم أقر ان المبيع لغيره لم يقبل قوله على المشترى ولم ينفسخ البيع[2] ولزمه غرامته للمقر له[3] وكذلك ان وهبه أو أعتقه ثم أقر به وان قال لم يكن ملكى ثم ملكته بعد لم يقبل قوله إلا ببينة[4] وان كان قد أقر انه ملكه أو قال قبضت ثمن ملكى ونحوه لم تسمع بينته أيضا[5]

= مشتمل على الثانى كقوله تعالى ﴿ يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه ﴾

[فائدة] لو قال هبة سكنى أو هبة عارية عمل بالبدل

(١) قوله « وان أقر أنه وهب الخ » أحدهما تلزمه اليمين وهو المذهب لأن العادة جارية بالاقرار بالقبض قبله والثانى لا يستحلف نصره القاضى وأصحابه لأن دعواه مكذب لاقراره فلا تسمع ولأن الاقرار أقوى من البينة ولو شهدت البينة به وقال استحلفوه لى لم يستحلف واختار الأول الشيخ تقى الدين

[فائدة] اذا أقر ببيع أوهبة أو اقباض ثم ادعى فساده وأنه أقر يظن الصحة لم يقبل وله تحليف المقر له فان نكل حلف هو ببطلانه . وكذا ان قلنا برد اليمين فحلف المقر قاله فى الرعايتين

(٢) قوله « وان باع شيئاً الخ » لأنه يقر على غيره ولأنه متهم فيه ولأن حق المشترى قد تعلق بالبيع فلم ينفسخ بغير رضاه ما لم يوجد ما يوجب ذلك

(٣) قوله « ولزمته غرامته الخ » أى لأنه فوته عليه بالبيع

(٤) قوله « وان قال لم يكن ملكى الخ » أى لأن الاصل ان الانسان انما يتصرف فيما له التصرف فيه ولان التهمة هنا أكثر

(٥) قوله « وان كان قد أقر انه ملكه الخ » أى لأنها تشهد بخلاف ما اقر به فهو مكذب لها وذكر الشيخ تقى الدين فيما اذا ادعى بعد البيع أنه كان وقفاً عليه فهو بمنزلة ان يدعى انه قد ملكه الآن

[فائدة] اذا قال هذه العين من زيد فقد أقر له بملكها ولا يحكم له إلا ببينة أو تصديق زيد وان قال أخذتها من يده فقد اعترف له باليد ويلزمه ردها اليه وان =

فصل

وإن قال غصبت هذا العبد من زيد لا بل من عمرو [١] أو ملكته لعمرو وغصبته من زيد لزمه دفعه الى زيد ويغرم قيمته لعمرو [٢] وان قال غصبته من أحدهما أخذ بالتعيين فيدفعه الى من عينه ويحلف للآخر [٣] وان قال لا أعرف عينه وصدقاه انتزع من يده وكانا خصمين فيه [٤] وان كذباه فالقول

= قال ملكتها على يده لم يكن مقراً له باليـد ولا بالملك لانه يريد معاونته وسفارته ، فلو أقر له بشيء ثم جاءه به وقال هذا الذى أقررت لك به قال بل هو غيره لم يلزمه تسليمه الى المقر له لانه لا يدعيه ويحلف المقر أنه ليس عنده سواه فان رجع المقر له فادعاه لزمه دفعه لانه لا منازع له فيه ، وان قال المقر له صدقت والذى أقررت به آخر عندك لزمه تسليم هذا ويحلف على نفى الآخر

(١) قوله « وان قال غصبت هذا العبد الخ » هذا الصحيح من المذهب لانه أقر لزيد ولم يقبل رجوعه عنه لانه حق لآدمى ويغرم قيمته لعمرو لانه حال بينه وبين ملكه لاقراره به لغيره فلزمه ضمانه كما لو تلف ولانه أضرب عن الاول وأثبت للثانى فلا يقبل الاضراب بالنسبة الى الاول وقيل لا يغرم قيمته لعمرو وقيل لا إقرار مع استدراك متصل واختاره الشيخ تقى الدين قال فى الانصاف وهو الصواب

[فائدة] مثل ذلك فى الحكم خلافاً ومذهباً لو قال غصبته من زيد وغصبه هو من عمرو أو هذا لزيد بل لعمرو ونص أحمد على هذه الاخيرة

(٢) قوله « أو ملكته لعمرو الخ » هذا المذهب لانه أقر به لزيد ويغرم قيمته لعمرو للحيلولة وقيل لا يلزمه لعمرو شيء قاله القاضى وابن عقيل لانه لا تفريط منه وقيل يلزمه دفعه إلى عمرو ويغرم قيمته لزيد لانه لما أقر به لعمرو أولا لم يقبل إقراره لزيد قال المصنف وهذا وجه حسن قال فى المحرر وهو الاصح وتقدم اختيار الشيخ تقى الدين

(٣) قوله « وان قال غصبته من أحدهما الخ » هذا بلا نزاع نعلمه لانه أقر بمجمل ومن أقر بمجمل لزمه البيان ويدفعه الى من عينه لانه المستحق ويحلف للآخر ان ادعاه

(٤) قوله « وان قال لا أعلم عينه الخ » هذا الصحيح من المذهب لانه ظهر باقراره أنه لا حق له فيه ولم يتعين مستحقه ويكونان خصمين فيه لان كلا منهما يدعيه

قوله مع يمينه[1] وإن أقر له بألف فى وقتين لزمه ألف واحد[2] وان أقر بألف من ثمن عبد ثم أقر بألف من ثمن فرس أو قرض لزمه ألفان[3] وإذا ادعى رجلان دارا فى يد غيرهما شركة بينهما بالسوية فأقر لاحدهما بنصفها فالمقر به بينهما[4] وان قال فى مرض موته هذا بألف لقطة فتصدقوا به ولا مال له غيره لزم الورثة الصدقة بثلثه[5] وحكى عن القاضى انه يلزمهم الصدقة بجميعه[6]

---

(١) قوله « وان كذباه الخ » هذا الصحيح من المذهب لانه منكر وينتزع من يده فان كان لاحدهما بينة حكم له به وان لم يكن بينة أقرعنا بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلم اليه وان بين الغاصب بعد ذلك مالكها قبل منه كما لو بينه ابتداء وتقدم ذلك فى كتاب الدعاوى فيما اذا كانت العين بيد ثالث

(٢) قوله « وان أقر بألف الخ » أى لان الاصل براءة الذمة ، والعرف شاهد بذلك

(٣) قوله « وان اقر بألف من ثمن عبد الخ » لاختلاف سببهما كقوله رأيت زيدا الطويل ثم رأى زيداً القصير لم يكن الثانى الاول البتة وكذا ان ذكر ما يقتضى التعدد كأجلين لها أو سكتين أو صفتين لزمه الفان كمن قال قبضت الفاً يوم السبت والفاً يوم الاحد بخلاف تعدد الاشهاد فلو قيد أحدهما بسبب وأطلق الآخر حمل المطلق على المقيد ولزمه الف واحدة مع اليمين ، ولو شهد بكل اقرار شاهد جمع قولها لاتحاد المخبر عنه ولا جمع فى الافعال

(٤) قوله « وإذا ادعى رجلان الخ » هذا المذهب لاعترافهما ان الدار مشاعة فالنصف المقر به بينهما كالباقى وقال القاضى وجزم به فى الوجيز ان أضافا الشركة إلى سبب واحد من ارث أو غنيمة أو شراء ونحوه ولم يكونا قبضاها بعد الملك لها فكذلك والا اختص المقر له بالمقر به

(٥) قوله « وان قال فى مرض موته الخ » هذا رواية عن احمد وجزم به فى الوجيز لانه جميع ماله فالامر بالصدقة به وصية بجميع المال فلا يلزم منه الا الثلث وظاهره لا فرق بين أن يصدقوه أو يكذبوه

(٦) قوله « وحكى عن القاضى الخ » وهو الرواية الاخرى وهو المذهب سواء صدقوه أو لا لان امره بالصدقة به يدل على تعديه فيه على وجه يلزمهم الصدقة =

فصل

إذا مات رجل وخلف مائة فادعاها رجل فأقر ابنه له بها ثم ادعاها آخر فأقر له فهي للاول ويغرمها للثاني[١] وان أقر بها لهما جميعا فهي بينهما وان أقر لاحدهما وحده فهي له ويحلف للآخر[٢] وان ادعى رجل على الميت مائة دينا ثم ادعى آخر مثل ذلك فأقر له فان كان في مجلس واحد فهي بينهما[٣] وان كانا في مجلسين فهي للاول ولا شيء للثاني[٤] وان خلف ابنين ومائتين فادعى رجل مائة دينا على الميت فصدقه أحد الابنين وأنكر الآخر لزم المقر نصفها[٥] الا

= بجميعه فيكون ذلك اقرارا منه لغير وارث فيجب امتثاله وكاقرار في الصحة وجزم في المستوعب بالتصدق بثلثها ان قلنا يملك اللقطة

(١) **قوله** « اذا مات رجل الخ » هذا المذهب وقطع به الأصحاب لأنه أقر بها الأول ولا معارض له فوجب كونها له عملا بالاقرار السالم عن المعارض ويغرمها للثاني لأنه حال بينه وبينها فلزمه غرامتها له كما لو شهد له بمال ثم رجع بعد الحكم

(٢) **قوله** « وان أقر بها لهما الخ » وقطع به الأصحاب لتساويهما

(٣) **قوله** « فاذا ادعى رجل على الميت الخ » هذا المذهب لأن حكم المجلس الواحد حكم الحالة الواحدة

(٤) **قوله** « وان كانا في مجلسين الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب لأن الأول استحق تسلمه كله بالاقرار فلا يقبل اقرار الوارث بما يسقط حقه لأنه اقرار على غيره وقيل يقدم الاول مطلقاً وأطلق الازجي احتمالا بالاشتراك يعني سواء كان في مجلس أو مجلسين كاقرار مريض لهما قال في ألمجرد وظاهر كلام احمد يتشاركان ان تواصل الكلام بالاقرارين والا قدم الاول وقال الشافعي يتشاركان مطلقاً كاقرار الموروث

(٥) **قوله** « وان خلف ابنين الخ » أي يلزم المقر نصفها من سهمه لانه يقبل اقراره على نفسه ولانه لا يلزمه أكثر من نصف دين أبيه ولكونه لا يرث إلا نصف التركة فلزمه نصف الدين كما لو ثبت ببينة أو اقرار الميت ويحلف المنكر ويبرأ

ان يكون عدلا فيحلف الغريم مع شهادته ويأخذ مائة[١] وتكون المائة الباقية بين الابنين[٢] وان خلف ابنين وعبدين متساوى القيمة لا يملك غيرهما فقال أحد الابنين أبى أعتق هذا وقال الآخر بل أعتق هذا الآخر عتق من كل واحد ثلثه وصار لكل ابن سدس الذى أقر بعتقه ونصف العبد الآخر[٣] وان قال أحدهما أبى أعتق هذا وقال الآخر أبى أعتق أحدهما لا أدرى من منهما أقرع بينهما فان وقعت القرعة على الذى اعترف الابن بعتقه عتق منه ثلثاه ان لم يجيزا عتقه كاملا[٤] وان وقعت على الآخر كان حكمه حكم ما لو عين العتق فى العبد الثانى سواء[٥]

---

(١) قوله « الا أن يكون عدلا الخ » أى لان المال ثبت بشاهد ويمين ولو لزم المقر جميع الدين لم تقبل شهادته على أخيه لانه يدفع عن نفسه ضرراً

(٢) قوله « وتكون المائة الخ » أى لانها ميراث لا تعلق لاحد بها سواهما

(٣) قوله « وان خلف ابنين ـ إلى قوله ـ عتق من كل واحد ثلثه » أى لان كل واحد منهما حقه نصف العبدين فقبل قوله فى عتق حقه من الذى عينه وهو ثلثا النصف الذى له وذلك الثلث لانه يعترف بحرية ثلثيه فيقبل قوله فى حقه منهما وهو الثلث ويبقى الرق فى ثلثه فله نصفه وهو السدس ونصف العبد الذى ينكر عتقه وقد بينه بقوله وصار لكل ابن سدس الخ أى لان كل ابن يملك نصف كل عبد وقد عتق ثلث الذى أقر بعتقه يبقى سدس سدسه ونصف الآخر على ما كان عليه قبل الاقرار

(٤) قوله وان قال أحدهما أبى أعتق هذا الخ » أى لان رجلا أعتق ستة مملوكين عن دبر فأقرع بينهم النبى ﷺ فأعتق اثنين وأرق أربعة ، ولان القرعة شرعت للتمييز وانها تقوم مقام الذى لم يعين عتقه

(٥) قوله « وان وقعت على الآخر الخ » أى لان القرعة جعلته مستحقاً للعتق بالنسبة الى الابن المدعى عدم المعرفة فصار بمنزلة ما لو عينه فعلى هذا يعتق ثلث كل واحد ويبقى سدس الخارج بالقرعة الذى قال لا أدرى ونصفه للابن الآخر ويبقى نصف العبد الآخر للابن الذى قال لا أدرى وسدس الآخر . وهذه ═

باب الاقرار بالمجمل

اذا قال له على شيء أو كذا قيل له فسر فان أبى حبس حتى يفسر[١] فان مات أخذ وارثه بمثل ذلك ان خلف الميت شيئا يقضى منه والا فلا[٢] فان فسره بحق شفعة أو مال قبل وان قل وان فسره بما ليس بمال كقشر جوزة أو ميتة او خمر لم يقبل[٣] وان فسره بكلب او حد قذف فعلى وجهين . وان

= المسئلة من قول المصنف : وان خلف ابنين الى آخر الباب قال صاحب الانصاف قال الشارح هذه المسئلة محمولة على ان العتق كان فى مرض الموت المخوف أو بالوصية وهو كما قال وقوة كلام المصنف تعطى ذلك من قوله عتق من كل واحد ثلثه وهذه الاحكام صحيحة لا أعلم فيها خلافاً لكن لو رجع الابن الذى جهل عتق المعتق وقال قد عرفته قبل القرعة فهو كما لو عينه ابتداء من غير جهل وان كان بعد القرعة فوافقها تعيينه لم يتغير الحكم وان خالفها عتق من الذى عينه ثلثه بتعيينه فان عين الذى عينه أخوه عتق ثلثاه وان عين الآخر عتق منه ثلثه وهل يبطل العتق بالذى عتق بالقرعة على وجهين وأطلقهما فى المغنى والشرح . انتهى

(١) قوله « اذا قال له على شيء أو كذا الخ » أى يقع إقراره بذلك بغير خلاف نعلمه ويفارق الدعوى حيث لا تصح بالمجهول لكن الدعوى له والاقرار عليه فلزمه ما عليه دون ما له فاذا امتنع من التفسير حبس وهو المذهب لان التفسير حق عليه وقال القاضى يجعل ناكلا ويؤمر المقر له بالبيان فان بين شيئاً فصدقه المقر ثبت وان كذبه وامتنع من البيان قيل له ان بينت والا جعلتك ناكلا وقضيت عليك

(٢) قوله « فان مات أخذ وارثه الخ » هذا المذهب لان الحق ثبت على موروثهم فتعلق بتركته كما لو كان معيناً وعنه ان صدق الوارث موروثه فى اقراره أخذ به والا فلا وقال فى المحرر وعندى ان أبى الوارث وقال لاعلم لى بذلك حلف ولزمه من التركة ما يقع عليه الاسم كما فى الوصية لفلان بشيء قال فى الانصاف وهذا هو الصواب

(٣) قوله « فان فسره بحق شفعة الخ » هذا بلانزاع وان قل لانه يصح اطلاقه على ما ذكر حقيقة وعرفاً الا أن يكذبه المقر له ويدعى جنسا آخر او لا يدعى شيئاً فيبطل اقراره

قال غصبت منه شيئا ثم فسره بنفسه أو ولده لم يقبل[١] وان قال له على مال عظيم أو خطير او كثير او جليل قبل تفسيره بالقليل والكثير[٢] وان قال له على دراهم كثيرة قبل تفسيرها بثلاثة فصاعدا[٣] وان قال له على كذا درهم أو كذا وكذا أوكذا كذا درهم بالرفع لزمه درهم[٤] وان قال بالخفض لزمه بعض درهم يرجع فى تفسيره اليه[٥] وان قال كذا درهما بالنصب لزمه

---

(١) قوله « وان قال غصبت منه شيئا الخ » هذا المذهب لأن الغصب لا يثبت عليه ولا على ولده اذ الغصب الاستيلاء على مال الغير

(٢) قوله « وان قال له على مال عظيم الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب لأنه لا حد لذلك فى لغة ولا شرع ولا عرف والناس يختلفون فى ذلك قال فى الفروع ويتوجه العرف وان لم ينضبط كيسير اللقطة والدم الفاحش قال الشيخ تقى الدين يرجع الى عرف المتكلم فيحمل مطلق كلامه على أقل محتملاته ويحتمل انه أراد عظمه لقلة ماله أو لخسة نفسه قبل تفسيره بالقليل والا فلا قال فى النكت وهو معنى قول ابن عبد القوى فى نظمه انتهى . واختار ابن عقيل فى مال عظيم أنه يلزمه نصاب السرقة ومال خطير ونفيس صفة لا يجوز الغاؤها كسليم

(٣) قوله « وان قال له على دراهم كثيرة الخ » هذا المذهب وعليه الأصحاب كقوله له على دراهم ولم يقل كثيرة نص عليه لأن الثلاثة أقل الجمع قال فى الفروع ويتوجه يلزمه فوق العشرة لأنه اللغة

[فائدة] لو فسر ذلك بما يوزن بالدراهم عادة كابريسم وزعفران ونحوهما ففى قبوله احتمالان أحدهما لا يقبل بذلك اختاره القاضى قال فى الانصاف وهو الصواب

(٤) قوله « وان قال له على كذا درهم الخ » اذا قال له على كذا درهم أو كذا كذا درهم بالرفع فهما لزمه درهم بلا نزاع أعلمه لأن تقديره مع عدم التكرير شىء هو درهم فيجعل الدرهم بدلا من كذا والتكرار للتأكيد لا يقتضى الزيادة كانه قال شىء شىء هو درهم وان قال كذا وكذا درهم لزمه درهم على الصحيح من المذهب لأن التكرار مع الواو بمنزلة قوله شيئان هما درهم لأنه ذكر شيئين ثم أبدل منهما درهما وقال التميمى يلزمه مع التكرار درهمان

(٥) قوله « وان قال بالخفض الخ » هذا المذهب لأن الدرهم مخفوض بالاضافه فيكون المعنى له على بعض درهم وقال القاضى يلزمه درهم وقال المجد من جهل العربية لزمه درهم

درهم[1] وان قال كذا وكذا درهما بالنصب فقال ابن حامد يلزمه درهم وقال ابو الحسن التميمي يلزمه درهمان[2] وان قال له على ألف رجع فى تفسيره اليه فان فسره بأجناس قبل منه[3] وان قال له على ألف ودرهم أو الف ودينار او الف وثوب أو فرس او درهم وألف أو دينار وألف فقال ابن حامد والقاضى الالف من جنس ما عطف عليه[4] وقال التميمي وابو الخطاب يرجع فى تفسير الألف اليه[5] وان قال له على الف وخمسون درهما أو خمسون وألف درهم فالجميع دراهم ويحتمل على قول التميمي ان يرجع فى تفسير الألف اليه[6] وان قال له على

---

(١) قوله « وان قال كذا درهما بالنصب لزمه درهم » وهو المذهب لأن الدرهم وقع مميزاً لما قبله والمميز مفسر

(٢) قوله « وان قال كذا وكذا الخ » ما قاله ابن حامد هو المذهب لأن كذا يحتمل أقل من درهم فاذا عطف عليه مثله ثم فسرهما بدرهم واحد صح وكان كاملا صحيحاً . ووجه قول أبي الحسن أنه ذكر جملتين فسرهما بدرهم فيعود التفسير الى كل واحد منهما كقوله عشرون درهما

(٣) قوله « وان قال له على الف الخ » هذا بلا نزاع لأنه يحتمل ذلك كالجنس الواحد لكن لو فسره بنحو كلاب وجهان صحح ابن أبي المجد فى مصنفه أنه لا يقبل تفسيره بغير المال ، وقال فى الانصاف ظاهر كلام الأصحاب قبول تفسيره بذلك

(٤) قوله « وان قال له على الف ودرهم الخ » ما قاله القاضى وابن حامد هو المذهب وهو قول أبي ثور لأنه ذكر مبهما مع مفسر فكان المبهم من جنس المفسر كما لو قال مائة وخمسون درهما لأن العرب تستكفى بتفسير احدى الجملتين عن الأخرى كقوله تعالى ﴿ ولبثوا فى كهفهم ثلاثمائة سنين وازدادوا تسعا ﴾ ولو قال المؤلف من جنس ما ذكر معه كان أولى وهو من مفردات المذهب فى غير المكيل والموزون فان أبا حنيفة قال ان عطف على المبهم مكيلا أو موزونا كان تفسيراً وان عطف مذروعا أو معدوداً لم يكن تفسيراً

(٥) قوله « وقال التميمي الخ » قال فى المبدع وهو قول أكثر العلماء لأن العطف لا يقتضى التسوية بين المعطوفين فى الجنس كقولك رأيت رجلا وحماراً ولأن الألف مبهم فيرجع فى تفسيره اليه كما لو لم يعطف عليه

(٦) قوله « وإن قال له على ألف وخمسون الخ » هذا المذهب وهو من =

الف الا درهما فالجميع دراهم(١) وان قال له فى هذا العبد شرك او هو شريكى فيه أو هو شركة بيننا رجع فى تفسير نصيب الشريك اليه وان قال له على أكثر من مال فلان قيل له فسر فان فسره بأكثر منه قدراً قبل وان قل وان قال اردت بقاء ونفعا لان الحلال أنفع من الحرام قبل مع يمينه سواء علم مال فلان او جهله او ذكر قدره او لم يذكره ويحتمل ان يلزمه أكثر منه قدراً بكل حال . وان ادعى عليه دينا فقال لفلان على أكثر من مالك وقال أردت التهزى لزمه حق لهما يرجع فى تفسيره اليه فى أحد الوجهين وفى الآخر لا يلزمه شيء

فصل

اذا قال له على ما بين درهم وعشرة لزمه ثمانية وان قال من درهم الى عشرة لزمه تسعة ويحتمل ان يلزمه عشرة وان قال له على درهم فوق درهم او تحت درهم او فوقه أو تحته أو قبله أو بعده أو معه درهم او درهم ودرهم أو درهم بل درهمان او درهمان بل درهم لزمه درهمان وان قال له درهم بل درهم أو درهم لكن درهم فهل يلزمه درهم او درهمان ؟ على وجهين ذكرهما ابو بكر . وان قال له على هذا الدرهم بل هذان الدرهمان لزمته الثلاثة وان

قوله « وان قال له على الف وخمسون الخ » هذا المذهب وهو من مفرداته لأن المفسر إذا تعقب أشياء رجع الى جميعها فى لسان العرب كقوله تعالى ﴿ ان هذا أخى له تسع وتسعون نعجة ﴾ و ﴿ أحد عشر كوكبا ﴾ قال عنترة :

فيها اثنتان وأربعون حلوبة سودا كخافية الغراب الاسحم

(١) قوله « وان قال له على ألف إلا درهما الخ » هذا المذهب لأن العرب لا تستثنى فى الاثبات الا من الجنس وقال أبو الحسن التميمى وأبو الخطاب يكون الألف مبهما يرجع فى تفسيره اليه وهو قول مالك والشافعى لأن الاستثناء عندهما يصح من غير الجنس

* * *

قال قفيز حنطة بل قفيز شعير او درهم بل دينار لزماه معا وان قال درهم فى دينار لزمه درهم وان قال درهم فى عشرة لزمه درهم الا ان يريد الحساب فيلزمه عشرة. وان قال له عندى تمر فى جراب او سكين فى قراب او ثوب فى منديل او عبد عليه عمامة او دابة عليها سرج فهل يكون مقرا بالظرف والعمامة والسرج ؟ يحتمل وجهين وان قال له عندى خاتم فيه فص كان مقرا بهما وان قال فص فى خاتم احتمل وجهين . وان قال له على درهم أو دينار لزمه أحدهما يرجع اليه فى تعيينه

تم (المقنع) ولله الحمد والمنة

خاتمة نسخة الحاشية المطبوع عنها

هذا آخر ما وجدت من الأصل مما علق على متن المقنع . والحمد لله رب العالمين وصلى الله على أشرف خلقه وأنبيائه نبينا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين ٭ بقلم الفقير إلى الله تعالى عبد الرحمن بن عبد الله بن حمود التويجرى وفقه الله لما يحبه ويرضاه آمين

بلغ مقابلة وتصحيحا حسب الطاقة بقلمى الفقيرين إلى الله تعالى حمود وعبد الرحمن ابنى عبد الله بن حمود التويجرى وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه

٢٣ ربيع الآخر سنة ١٣٦٥ ﻫ

فهرس

الجزء الثالث من (المقنع) وحاشيته

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

١٣٧٤

المطبعة السلفية - ومكتبتها
٢١ شارع الفتح بالروضة تليفون ٢٩٣٦٤